UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ

CentroCompetencia

Sección **Diálogos**

Derecho de la Competencia y Regulación de Mercados Digitales: Desafíos y Propuestas para Latinoamérica

Andrés Fuchs Nissim

Abogado, Universidad de Chile; Máster en Derecho, Universidad de Harvard.

Nader Mufdi Guerra

Abogado, Universidad de Chile; Máster en Derecho, Universidad de Cambridge.

Julio 2021

Derecho de la Competencia y Regulación de Mercados Digitales: Desafíos y Propuestas para Latinoamérica

Andrés Fuchs Nissim

Abogado, Universidad de Chile; Máster en Derecho, Universidad de Harvard; y Máster en razonamiento probatorio, Universidad de Girona.

Nader Mufdi Guerra

Abogado, Universidad de Chile; Máster en Derecho, Universidad de Cambridge y Máster en Ciencias de la Regulación en LSE.

Índice

Resumen Ejecutivo **4**
Executive Summary **4**
I. Introducción **8**
II. Transición: desde el ladrillo y mortero a los mercados digitales (volviendo al futuro en Latinoamérica) **10**
1. La realidad económica en Latinoamérica 10
2. Oportunidad para aprovechar la experiencia de las soluciones implementadas en otras jurisdicciones 13
3. Los riesgos del *copy paste* 14
III. Propuestas de soluciones comparadas respecto de los desafíos que imponen los mercados digitales **15**
1. Soluciones provenientes de Europa 15
A. Comunidad Europea: Digital Markets Act, Digital Services Act y la "New Competition Tool" 18
B. Propuesta del Reino Unido 25
C. Propuesta de Alemania 27
2. Soluciones provenientes de Estados Unidos 29
A. Recomendaciones tendientes a promover la competencia en la economía digital 30
B. Recomendaciones tendientes a fortalecer el derecho *antitrust* 31
C. Recomendaciones tendientes a fortalecer los mecanismos de supervigilancia y *enforcement* 33
3. Síntesis de las soluciones provenientes del mundo desarrollado 34
IV. Soluciones (institucionales) híbridas mientras pase el temblor **34**
1. Regulación económica: Regulación ex ante y Derecho de la Competencia 36
2. El camino institucional: Soluciones regulatorias híbridas para Latinoamérica 39
V. Soluciones institucionales híbridas que permitan superar satisfactoriamente la transición: Ensayando una propuesta **41**
1. ¿Qué perseguimos? 42
A. Sistema dinámico de regímenes regulatorios para los agentes económicos que operan en mercados digitales 42
B. Aplicación de políticas de persecución basadas en estrategias de *Responsive Regulation* 45
2. ¿Quién ejecuta lo perseguido? Las autoridades del derecho de la competencia son quienes están en mejor posición para administrar cambios de regímenes regulatorios, el establecimiento de obligaciones regulatorias, así como su *enforcement* 46
3. ¿Cómo ejecutar lo perseguido? 47
VI. Conclusiones **50**
VII. Bibliografía **52**

Resumen Ejecutivo

El presente trabajo pretende ocuparse de los desafíos que enfrentarán las autoridades de la competencia en Latinoamérica al lidiar con casos en mercados digitales, y generar propuestas para enfrentar de mejor forma este proceso de transición hacia la economía digital.

Los casos de derecho de la competencia con algún componente digital en América Latina difieren considerablemente tanto en cantidad, como en relevancia, de las batallas legales que hoy por hoy tienen lugar en el mundo desarrollado. Tales diferencias son consistentes con el rezago que experimentan los mercados digitales en esta parte del mundo frente a las economías en las que, a la fecha, su proliferación ha sido más significativa. No obstante, este rezago constituye una oportunidad para implementar soluciones adecuadas, tomando ventaja de la experiencia de las jurisdicciones en que la aplicación del derecho de la competencia en mercados digitales se ha desarrollado de forma más intensa.

A ambos lados del Atlántico nos encontramos con distintas propuestas de solución frente a los riesgos anticompetitivos que tienen lugar en mercados digitales. Tales soluciones han ido surgiendo al alero de un nuevo entendimiento que se ha ido construyendo respecto del rol que debe tener el derecho de la competencia –y las autoridades de competencia– frente a la economía digital, el que nos llevará a analizar, por una parte, la relación que debe existir entre la aplicación *ex post* del derecho de la competencia y la regulación *ex ante*; y, por otra, los objetivos que debe perseguir el derecho de la competencia como disciplina.

En este sentido, los últimos anuncios de reformas legislativas en Europa dan cuenta de que la alternativa en que dicha comunidad está pensando en controlar el exceso de poder de mercado que tienen ciertos actores dentro de la economía digital sería a través de la aplicación de regulación *ex ante*. Por su parte, en el caso de Estados Unidos, parece estar configurándose un espacio a formas de intervención distintas de la aproximación tradicional que dicha jurisdicción ha tenido en el último tiempo respecto del *enforcement* del derecho *antitrust*. Lo anterior, no tanto porque se pretenda incorporar regulaciones que complementen la aplicación ex post del derecho de la competencia, sino más bien por los fines y objetivos que se ha dicho

Executive Summary

This work attempts to address the challenges that competition authorities in Latin America will face when dealing with cases in digital markets, and to generate proposals to face the transition process towards the digital economy in a better way.

Competition law cases that involve digital components in Latin America differ considerably both in quantity and relevance from the legal battles taking place today in the developed world. Such differences are consistent with the lag that digital markets experience in this part of the world, compared to the economies in which digital market cases have proliferated significantly. In our view, such lag constitutes an opportunity to implement adequate solutions, taking advantage from the experience of jurisdictions in which enforcement of competition law in digital markets has been carried out in a more intense way.

We find different responses and proposals to anti-competitive risks in digital markets on both sides of the Atlantic. Such solutions have been emerging under a new understanding that have been built regarding the role that competition law -and competition authorities- should play in the digital economy. This new understanding will lead us to analyze, on the one hand, the relationship between *ex post* competition law enforcement and *ex ante* regulation; and, on the other, the goals that competition law should pursue as a discipline.

The latest announcements of new legislation in Europe show that the alternative that this community is considering to control the excess of market power within the digital economy would be the enforcement of *ex ante* regulation. Meanwhile, in the case of the United States, a space prone to forms of intervention, different from the traditional approach that this jurisdiction has had in its antitrust law enforcement, seems to be developing. This is so not so much because it is intended to incorporate regulations that complement the *ex post* application of competition law, but rather because of the goals and objectives that the latter has been said to pursue.

Nevertheless, such proposals focus on economic realities that differ ostensibly from the configurations of the industries in Latin America, thereby there are significant risks in the *copy-paste* of these solutions.

que este último debe perseguir.

Con todo, tales propuestas se enfocan en realidades económicas que tienden a diferir ostensiblemente de las configuraciones industriales presentes es Latinoamérica, por lo que existen riesgos significativos en el *copy paste* de esas soluciones.

¿Qué podemos hacer desde Latinoamérica frente este tipo de propuestas?

La primera sugerencia para las autoridades y diseñadores de política de competencia en Latinoamérica es evadir las discusiones sustantivas que se nos proponen desde el mundo desarrollado, y orientar nuestros esfuerzos en construir soluciones que se ajusten estructuralmente a la realidad de los mercados digitales –eminentemente dinámicos e impredecibles– y a los vaivenes de las convenciones jurisprudenciales y doctrinarias que seguirán evolucionando en el marco de la discusiones sustantivas antedichas.

En específico, proponemos la implementación de soluciones híbridas. Bajo esta categoría de soluciones nos referimos al ejercicio de atribuciones de las autoridades del derecho de la competencia, combinando reglas sustantivas, criterios y principios propias del derecho *antitrust* con mecanismos tradicionalmente entendidos como regulatorios, a través de una misma instancia de intervención en el mercado.

Desde nuestra perspectiva, este tipo de soluciones no sólo cuenta con el potencial de prevenir efectiva y oportunamente la materialización de riesgos anticompetitivos enquistados en los mercados digitales, dentro de los márgenes analíticos que tradicionalmente ha reconocido el derecho de la competencia como disciplina, sino que también permite reducir los costos de transacción, adaptándose a una realidad altamente cambiante.

La implementación de este tipo de soluciones exige dejar atrás el viejo paradigma que contrapone el derecho de la competencia con la regulación *ex ante*, y, en su lugar, debemos ajustarnos a la realidad que distintas autoridades del derecho de la competencia ya han incorporado en su actuar habitual, en favor de la eficacia, eficiencia y oportunidad de las intervenciones del Estado en los mercados digitales.

Al final del día, este trabajo plantea entender el derecho de la competencia y la regulación *ex ante*, como dos caras de la misma moneda para cumplir los fines

What can we do from Latinamerica faced with this type of proposal?

The first suggestion for the authorities and competition policy makers in Latin America is to avoid the substantive discussions that are proposed to us from the developed world and guide our efforts towards solutions structurally adjusted to the reality of digital markets -eminently dynamic and unpredictable- and to the ups and downs of jurisprudential and doctrinal conventions that will continue to evolve within the framework of those substantive discussions.

Specifically, we propose the implementation of hybrid solutions. By this category of solutions we refer to the exercise of powers of competition law authorities, combining substantive rules, criteria and principles of antitrust law with mechanisms traditionally understood as regulatory, through one single market intervention.

From our perspective, this type of solution not only has the potential of effectively and timely preventing anti-competitive risks entrenched in digital markets, within the analytical frameworks traditionally recognized in competition law as a discipline, but also reduces transaction costs, adapting to a rapidly changing reality.

The implementation of this type of solution demands to leave behind the old paradigm that opposes competition law with ex ante regulation. Instead, we must adapt to the reality that different competition authorities have already incorporated in their regular actions, in favor of the effectiveness, efficiency and timeliness of State interventions in digital markets.

At the end of the day, this work proposes to understand competition law and *ex ante* regulation as two sides of the same coin, in order to fulfill the purposes of economic regulation: overcome market failures, which prevent it from operating as the most efficient allocator of resources.

What characteristics must these hybrid solutions have to allow the proper functioning of the markets in this region?

First, it is essential that the solutions seek to reduce transaction costs and create incentives for cooperation between the economic agents that are in a posi-

Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes. Santiago - Chile

de la regulación económica: superar las fallas de mercado, las que impiden que éste opere como el más eficiente asignador de recursos.

¿Qué características deben tener esas soluciones híbridas para permitir el correcto funcionamiento de los mercados digitales en esta región?

En primer lugar, es fundamental que las soluciones procuren reducir costos de transacción y generen incentivos a la cooperación entre los agentes económicos que están en posición de ocasionar cada falla de mercado y las autoridades a cargo de controlarlas.

En segundo lugar, las instituciones deben ser capaces de sortear las novedades de una realidad cambiante e impredecible, como es característico en los mercados digitales. Lo más apropiado para superar satisfactoriamente las fallas de mercado que caracterizan el funcionamiento de los mercados digitales, es diseñar e implementar mecanismos que entreguen niveles adecuados de flexibilidad a los sistemas regulatorios latinoamericanos para permitir su adaptación al dinamismo de la realidad.

En tercer lugar, un aspecto clave es que en ningún supuesto las soluciones impliquen limitaciones a la innovación, motor de la nueva economía. Esto es crucial para Latinoamérica, atendido el rezago que persiste en el desarrollo de los mercados digitales.

Finalmente, las soluciones deben propender al resguardo del objetivo de política pública o bien jurídico que justifica la regulación económica en el contexto de la economía social de mercado. En este sentido, no nos parece razonable que, a propósito de la emergencia de los mercados digitales, deba reescribirse todo el derecho de la competencia y sus objetivos.

En consideración de tales características, nuestra propuesta de soluciones institucionales híbridas persigue: (i) un sistema dinámico de regímenes regulatorios para los agentes económicos que operan en mercados digitales, en el que, cumplidos determinados indicadores, sea posible establecer obligaciones regulatorias *ex ante*; basados en la aplicación de estándares analíticos propios del derecho de la competencia; y, (ii) la aplicación de políticas de persecución basadas en estrategias de *Responsive Regulation*, que han predominado durante los últimos treinta años en la teoría y práctica regulatoria.

tion to cause each market failure and the authorities in charge of controlling them.

Second, institutions must be able to navigate the novelties of a changing and unpredictable reality, as is characteristic of digital markets. The most appropriate way to successfully overcome the market failures that characterize the functioning of digital markets is to design and implement mechanisms that provide adequate levels of flexibility to Latin American regulatory systems to allow them to adapt to the dynamism of reality.

Third, a key aspect is that under no circumstances solutions might be limitations to innovation, the engine of the new economy. This is crucial for Latin America, given the lag that persists in the development of digital markets.

Finally, the solutions must tend to safeguard the objective of public or legal policy that justifies economic regulation in the context of the social market economy. In this sense, it does not seem reasonable to us that, with regard to the emergence of digital markets, all competition law and its objectives should be rewritten.

In consideration of these characteristics, our proposal for hybrid institutional solutions seeks: (i) a dynamic system of regulatory regimes for economic agents that operate in digital markets, in which, once certain indicators are met, it is possible to establish *ex ante* regulatory obligations; based on the application of analytical standards traditionally used by competition law; and, (ii) the application of enforcement policies based on *Responsive Regulation* strategies, which have predominated for the last thirty years in regulatory theory and practice.

On the other hand, we strongly believe that competition law authorities are the ones in the best position to manage changes in regulatory regimes, the enactment of regulatory obligations and measures, as well as to enforce such obligations and measures. Finally, regarding how these solutions are to be executed, we consider it complex to answer in a general and abstract way, since this will depend on the institutional and procedural frameworks of each jurisdiction. However, it is possible to point out that an important part of competition authorities and sector regulators in Latin America already have powers of intervention that may be useful to the implementation of both exceptional regulatory regimes, as well as the applica-

Por otro lado, estimamos que las autoridades del derecho de la competencia son quienes están en mejor posición para administrar cambios de regímenes regulatorios, el establecimiento de obligaciones regulatorias, así como su *enforcement*.

Finalmente, en cuanto al cómo se han de ejecutar estas soluciones, consideramos complejo poder responderlo de manera general y abstracta en este trabajo, ya que ello dependerá de los diseños institucionales y procedimentales de cada jurisdicción. No obstante, es posible señalar que parte importante de las autoridades de competencia y reguladores sectoriales de América Latina ya cuentan con facultades de intervención que pueden ser útiles para dar lugar a la implementación tanto regímenes regulatorios excepcionales, como la aplicación de *Responsive Regulation* para organizar el enforcement de las de las obligaciones regulatorias que se establezcan una vez que estos han sido gatillados.

tion of Responsive Regulation to organize the enforcement of regulatory obligations established once these have been triggered.

Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes. Santiago - Chile

I. Introducción

La economía digital ha tomado un rol preponderante a nivel global y el derecho de la competencia[1] no ha estado exento de este fenómeno. La mayoría de los casos relevantes de los últimos años en las jurisdicciones más desarrolladas ha tenido lugar en mercados digitales. Estos mercados presentan desafíos significativos para las autoridades de la competencia, teniendo en consideración las particularidades de sus bienes y servicios, los modelos de negocio de los potenciales infractores, su configuración como mercados de dos lados, la tensión entre eficiencia asignativa y eficiencia dinámica, el rol del uso de datos personales, entre otros aspectos. En este sentido, en el marco de estos casos las autoridades han desarrollado análisis y enfrentado situaciones que de algún modo han redefinido varios entendimientos del derecho de la competencia tradicionalmente aplicado a mercados de *ladrillo y mortero*.

Desde Latinoamérica observamos con interés la forma como se han desarrollado estos mercados. Si bien algunas buenas experiencias de innovaciones exitosas que han captado demanda tienen su origen a nivel local y regional, como el marketplace *MercadoLibre*, la plataforma de delivery *Rappi*, la agencia de viajes *Despegar* y la plataforma de intermediación de retail *Cornershop*, aún estamos a una distancia considerable de los grandes centros de desarrollo digital, en las que tienen cuna las corporaciones que han desarrollado servicios tecnológicos utilizados en la vida cotidiana de parte importante de la población latinoamericana. Con todo, no es aventurado señalar que parece ser sólo cosa de tiempo para que nuestras economías terminen de poner en su eje a los servicios digitales. En este sentido, Latinoamérica –como muchas regiones en vías de desarrollo– está en tránsito hacia esa nueva realidad, que ya podemos ver en los Estados Unidos y Europa.

Ciertamente, una externalidad positiva (cuesta encontrar una) de la pandemia Covid–19 tiene que ver con el hecho de que este proceso de tránsito se ha acelerado. Lo que hasta hace poco parecía impensado, a partir de limitaciones a distintas libertades, se ha vuelto una realidad. Definitivamente, en los países latinoamericanos la vida se ha hecho más digital desde comienzos de 2020 a la fecha.

Como es fácil apreciar para quienes están al día con las distintas novedades del derecho de la competencia a nivel global, existen diversas y muy valiosas alternativas para enfrentar los desafíos que impone la emergencia de la economía digital[2] desde la perspectiva del derecho de la competencia. Sin embargo, todas esas propuestas se enfocan en realidades económicas que tienden a diferir ostensiblemente de las configuraciones industriales presentes en Latinoamérica. Estas diferencias encuentran su cumbre cuando hablamos de mercados digitales.

---

1 Más allá de las evidentes diferencias entre el derecho de la competencia en Europa y el derecho *antitrust* de los Estados Unidos, en este trabajo ambos conceptos son utilizados indistintamente.

2 Para efectos de este artículo, por economía digital entenderemos a las distintas actividades económicas que tienen lugar en plataformas o intermediarios digitales, cuya particularidad es "reunir o facilitar las transacciones entre terceras partes en la Internet" (Karine Perset, "The Economic and Social Role of Internet Intermediaries", OECD *Digital Economy Papers*, N° 171 (abril 2010), 9, https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/the-economic-and-social-role-of-internet-intermediaries_5kmh79zzs8vb-en).

Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes. Santiago - Chile

El hecho de que en Latinoamérica aún no se observe una cantidad significativa de casos que se refieran a este tipo de mercados, más allá de –como se verá– algunas operaciones de concentración que han tenido algún componente digital y uno que otro procedimiento investigativo llevado a cabo por las autoridades domésticas de competencia, lo cierto es que parecemos estar lejos del tipo de casos que hoy por hoy ocupan las portadas de periódicos a nivel global y parte importante de la tinta de la academia especializada. Esta situación de rezago ofrece una oportunidad de preparación, sistematización y aprendizaje para los distintos agentes institucionales y económicos.

Con este escenario en la retina, el presente trabajo pretende ocuparse de los desafíos que enfrentarán las autoridades de la competencia en Latinoamérica al lidiar con casos en mercados digitales, y generar propuestas para enfrentar de mejor forma este proceso de transición hacia la economía digital.

En este sentido, y, según se verá, este no es otro trabajo más sobre mercados digitales y derecho de la competencia por al menos tres motivos. En primer lugar, porque se enfoca en Latinoamérica, aunque lo aquí señalado aspira a ser útil para todo el resto de las regiones del mundo que suelen –en mayor o menor medida– seguir los lineamientos jurisprudenciales y doctrinarios de Europa y Estados Unidos, los grandes polos de desarrollo del derecho de la competencia como disciplina. El segundo elemento distintivo de este trabajo es que adopta una posición prospectiva acerca de cómo deberíamos proceder en esta región –y el resto de las regiones en una situación similar– frente a los casos de competencia que tienen en su núcleo algún componente digital. Por último, este documento explora soluciones desde la dimensión institucional, bajo el convencimiento de que dar respuesta a los desafíos que la economía digital ha traído sobre el derecho de la competencia requiere respuestas integrales, en el sentido que soluciones meramente sustantivas o procedimentales no resultarían satisfactorias.

Para efectos de construir la propuesta de este trabajo, en primer lugar se expondrá una breve descripción de la realidad económica Latinoamericana, dando cuenta del hecho de que nos encontramos aún en transición desde el comercio de *ladrillo y mortero* a la realidad en que los mercados digitales predominan dentro de las actividades económicas, así como los riesgos y oportunidades para la adopción de determinadas soluciones en sede de libre competencia en dicho escenario de transición (*infra*, § II.). Luego, en segundo lugar, se resumirán las principales propuestas de soluciones que a la fecha se han planteado en el mundo desarrollado frente a los riesgos anticompetitivos que tienen lugar en mercados digitales (*infra*, § III.). A continuación, en tercer lugar, se planteará que, a nuestro juicio, la forma en que Latinoamérica debe responder a los desafíos de la economía digital es a través de la incorporación de soluciones híbridas que comprendan que la regulación *ex ante* y el derecho de la competencia, más que herramientas contradictorias, son caras de una misma moneda: la regulación económica destinada a superar las fallas de mercado (*infra*, § IV.). Finalmente, se expondrán propuestas concretas de soluciones híbridas en la dimensión institucional a fin de lidiar de forma adecuada con casos de derecho de la competencia en mercado digitales en Latinoamérica (*infra*, § V.).

II. Transición: desde el ladrillo y mortero a los mercados digitales (volviendo al futuro en Latinoamérica)

1. La realidad económica en Latinoamérica

Como se ha indicado, no hay novedad en sostener que la tecnología digital ha implicado un cambio pivotal en relación con la forma en que consumidores, mercados y sociedades desarrollan distintos aspectos de sus quehaceres. Para el caso latinoamericano, se ha sostenido que las tecnologías de la información y las comunicaciones "[...] pueden y deben cumplir un rol fundamental en la evolución de la región, ejerciendo como habilitadoras y palanca hacia el desarrollo económico, y mejorando la eficiencia en el uso de los recursos de los países y sus niveles de producción, para lograr cerrar la brecha de productividad con otros países en todos los sectores de la economía, además de mejorar los principales servicios sociales"[3].

Hoy asistimos a una realidad en la que la ubicuidad del "ladrillo y el mortero", van dando espacio, más rápido, más lento, a la vorágine digital. Ciertamente, ello tiene que ver con la tradición industrial de la región, orientada preponderantemente al extractivismo, que en el devenir del siglo XX dio avances importantes hacia el sector secundario[4] y al mundo de los servicios[5]. Sin perjuicio de ello, es indesmentible que la región de Latinoamérica presenta un importante rezago frente a los grandes polos de desarrollo digital[6].

---

3 Antonio García Zaballos y Enrique Iglesias Iglesias, *Economía digital en América Latina y el Caribe: situación actual y recomendaciones* (Washington D.C: Banco Interamericano de Desarrollo, 2017), 1.

4 Victor Bulmer-Thomas, *The Economic History of Latin America since Independence* (Cambridge: Cambridge University Press, 2a ed., 2003), 8-9.

5 Luis Bértola y José Antonio Ocampo, *The Economic Development of Latin America since Independence* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 27.

6 Si bien, la región ha experimentado avances significativos durante los últimos quince años en términos de su digitalización, lo que le ha permitido asumir un rol de liderazgo en el mundo en vías de desarrollo en la reducción de la brecha digital respecto del mundo desarrollado, el ritmo de dicha evolución sigue siendo lento (Raúl L. Katz, *El ecosistema y la economía digital en América Latina* (Madrid: Editorial Ariel, 2015), 68). En este contexto, se ha sostenido que "[...] más allá del énfasis en el aumento del uso de tecnologías digitales, la región presenta un desfase entre despliegue de infraestructura y adopción de tecnologías digitales por un lado, y el desarrollo de capital humano necesario para avanzar en el terreno de la innovación en el ecosistema" el que requeriría de mayor tiempo, y cambios coordinados entre el aparato educativo y el sistema productivo (Katz, *El ecosistema y la economía digital en América Latina*, 68).
Se ha sostenido que la región "[...] presenta índices bajos en materia de Economía Digital, en comparación con otras zonas. Algunos indicadores evidencian lo rezagada que se ubica con respecto a los promedios, por ejemplo, de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Según el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) en la región un 56% de los hogares tiene acceso a internet, no obstante, sólo un 45,5% de estos cuentan con conexión de banda ancha, lejos del 86,3% que marcan los países miembros de la OCDE. A lo anterior, se suma la brecha urbano-rural la cual sigue siendo uno de los principales reflejos de la inequidad que tiene el acceso a Internet en la región" (Eduardo Menz, "La Economía Digital en el contexto COVID-19: Desafíos de América Latina y Chile", *Flacso* (junio 2020), 3, https://flacsochile.org/la-economia-digital-en-el-contexto-covid-19-desafios-de-america-latina-y-chile/). Sobre punto, si bien la cantidad de gente en la región que hoy tiene acceso a internet es mayor que nunca, el desfase aún persiste, y podría incrementarse (OECD et al., *Latin American Economic Outlook 2020: Digital Transformation for Building Back Better* (París: OECD Publishing, 2020), 121, https://www.oecd-ilibrary.org/development/latin-american-economic-outlook-2020_e6e864fb-en).

Ciertamente, superar dicho rezago es crucial para reducir la evidente brecha en la productividad que afecta a esta región cuando es comparada con el mundo desarrollado. Para cumplir con este cometido, se suele indicar que es fundamental el desarrollo de ecosistemas digitales holísticos, infraestructura adecuada y la difusión de habilidades digitales[7]. Sobre este punto, se ha sostenido que, por ejemplo, la aceleración del crecimiento económico en los Estados Unidos desde 1995 se explicaría significativamente por el incremento en la inversión en tecnologías de la información y las comunicaciones. En este contexto, el índice de la OECD sobre desarrollo de tecnologías de la información y las comunicaciones, indican que el desarrollo fue menor en 2011 que en 2002, tendencia que haría difícil superar el desfase en términos de crecimiento[8]. Así las cosas, si bien en Latinoamérica estamos en el camino de la digitalización, nos encontramos aún bastante lejos de la meta que nos impone el mundo desarrollado[9].

Por otro lado, el desarrollo de la economía digital no ha sido homogéneo en toda Latinoamérica. El rezago digital se ha reducido en algunos países de la región, pero el alcance y rapidez de la digitalización varía importantemente de país en país, sectores, personas y áreas geográficas, según ha reportado recientemente la OECD[10]. La disparidad en el nivel de desarrollo de la nueva economía entre los distintos países de la región, "[...] se refleja en diferencias en acceso, uso y calidad de las redes"[11] . Sobre este punto se ha sostenido que "[...], la visión continental esconde todavía diferencias sustanciales entre países avanzados como Chile, Uruguay, Panamá, Costa Rica y Argentina, y los países emergentes", lo que hace indispensable "[...] el despliegue de políticas públicas que actúen como estímulo para que el continente pueda alcanzar un desarrollo homogéneo"[12].

Tales diferencias se verían intensificadas en países con menores niveles de desarrollo[13], las que se reflejarían en situaciones en las que el acceso a Internet ha resultado de vital relevancia para el desarrollo de la generalidad de las actividades de las vida cotidiana, como ha tenido lugar en el contexto de la Pandemia Covid-19[14].

Este trabajo no pretende medir el nivel de rezago en general, ni sus diferencias entre los países latinoamericanos, sino únicamente tomarlo como un hecho cierto y ponerlo a favor de nuestra región para sugerir el inicio de la discusión sobre medidas que nos permitan enfrentar de mejor manera una realidad que, inexorablemente, nos tocará afrontar.

---

7 OECD et al., *Latin American Economic Outlook 2020*, 22.

8 André Hofman, Claudio Aravena y Vianka Aliaga, "Information and communication technologies and their impact in the economic growth of Latin America, 1990-2013", *Telecommunications Policy* 40, N° 5 (mayo 2016), 499.

9 En este contexto, se ha sostenido que "[...] más allá del énfasis en el aumento del uso de tecnologías digitales, la región presenta un desfase entre despliegue de infraestructura y adopción de tecnologías digitales por un lado, y el desarrollo de capital humano necesario para avanzar en el terreno de la innovación en el ecosistema" el que requeriría de mayor tiempo, y cambios coordinados entre el aparato educativo y el sistema productivo (Katz, *El ecosistema y la economía digital en América Latina*, 68).

10 OECD et al., *Latin American Economic Outlook 2020*, 121.

11 Menz, "La Economía Digital en el contexto COVID-19: Desafíos en América Latina y Chile", 3.

12 Katz, *El ecosistema y la economía digital en América Latina*, 68.

13 Hernan Galperin, "Why are Half of Latin Americans Not Online? A Four-Country Study of Reasons for Internet Non-Adoption", *International Journal of Communication* 11 (agosto 2017), 3350.

14 OECD et al., *Latin American Economic Outlook 2020*, 65.

La configuración económica hasta aquí descrita se refleja en la cantidad y tipos de casos con algún componente digital en el que les ha tocado intervenir a las autoridades del derecho de la competencia en Latinoamérica. Sobre este punto, en un adelanto de una próxima entrega, Juan David Gutiérrez y Manuel Abarca, han resaltado que "[...] casi el 57% de las jurisdicciones en América Latina y el Caribe han abordado casos o realizado estudios sobre mercados de plataformas digitales [...]"[15]. Sin perjuicio de ello, si se escarba en las temáticas de tales casos y el número de éstos frente a lo que ocurre en el mundo desarrollado, a nuestro juicio el rezago en términos cuantitativos y cualitativos se hace evidente.

Por otro lado, es interesante notar que, según exponen Gutiérrez y Abarca, los casos se concentran en Brasil, Colombia y Chile, y se han referido preponderantemente a situaciones relacionadas con el derecho de la competencia en los mercados del transporte (*ride-hailing apps*) y de servicios de entrega (plataformas de *delivery*)[16], y la gran mayoría de ellos se refiere a acciones de *advocacy* de parte de las autoridades locales del derecho de la competencia, así como a instancias de control de operaciones de concentración que presentan algún componente digital[17].

En línea con ello, el listado de casos comprendidos en un reciente informe publicado por el Programa de Libre Competencia de la Pontificia Universidad Católica de Chile ilustra de buena forma las diferencias que existen en número y contenido entre los casos que han tenido lugar en Europa y los Estados Unidos, y la región LAC en su conjunto[18]. Ciertamente, más allá de un par de procedimientos llevados adelante por el *Conselho Administrativo de Defesa Econômica* (CADE) en contra de Google[19], en Latinoamérica no ha sido posible encontrar un caso que desafíe a las grandes plataformas que captan la atención de las autoridades de los Estados Unidos y Europa.

En suma, si se observa en su conjunto, la realidad latinoamericana está lejos aún de los grandes casos que toman la atención de las instituciones, los medios de comunicación y la academia de los países que tradicionalmente han tomado la delantera en el derecho de la competencia. Si bien es posible observar la existencia de un número relevante de casos que comprenderían algún componente digital, lo cierto es que, tanto en cantidad como relevancia, los casos que observamos en Latinoamérica difieren considerablemente de las batallas legales que hoy por hoy tienen lugar en el mundo desarrollado. Ciertamente, las diferencias que persisten en los casos de Latinoamérica en comparación con los que han tenido lugar el Europa y los Estados Unidos son consistentes con el rezago que experimentan los mercados digitales en esta parte del mundo frente a las economías en las que, a la fecha, su proliferación ha sido más significativa.

---

15 Juan David Gutiérrez, "Plataformas digitales y derecho de la competencia en América Latina y el Caribe", *La Libre Competencia* (15 de noviembre, 2020), https://lalibrecompetencia.com/2020/11/15/plataformas-digitales-y-derecho-de-la-competencia-en-america-latina-y-el-caribe/

16 Gutiérrez, "Plataformas digitales y derecho de la competencia en América Latina y el Caribe".

17 Ver: Juan David Guitérrez y Manuel Abarca, "Challenges to competition and innovation in digital platform markets: Insights from Latin American cases", *La Libre Competencia* (23 de junio, 2020), https://lalibrecompetencia.files.wordpress.com/2020/08/appendix-2-cases-involving-digital-platform-markets-in-lac.pdf

18 Programa de Libre Competencia de la Pontificia Universidad Católica de Chile, "Mercados Digitales y Libre Competencia. Análisis de la Jurisprudencia Internacional", *Proyecto Plataformas Digitales y Protección de la Competencia, Corporación Innovarte Publicación 1/2020* (diciembre 2020), 40-43.

19 "Brazil's Competition Agency Clears Google", *Wilson Sonsini* (28 de junio, 2019), https://www.wsgr.com/en/insights/brazils-competition-agency-clears-google-of-antitrust-probe.html.

2. Oportunidad para aprovechar la experiencia de las soluciones implementadas en otras jurisdicciones

Se ha sostenido que "La teoría de competencia y sus instrumentos legales han enfrentado importantes desafíos en cuanto a su eficiencia para garantizar la libre competencia en los mercados digitales, situación exacerbada por la actual crisis sanitaria y la creciente digitalización"[20] y que "Los marcos legales, decretos y leyes ya no se muestran eficaces al enfrentar los retos que la economía digital se ha planteado"[21].

Frente a tal escenario parece indudable que en Latinoamérica estamos *ad portas* de enfrentar un desafío no menor: hacer frente a potenciales casos en mercados digitales en momentos en que no sólo el desarrollo de esos mercados, sino de las tecnologías que están en su origen, se hacen indispensables para reducir las brechas que afectan nuestras economías y cuya carencia imposibilita avanzar en mejoras en términos de productividad.

Pero no todo es tan malo. Desde nuestra perspectiva, el rezago al que se hace referencia en la sección precedente debe ser observado como una oportunidad por las autoridades, académicos y el resto de los agentes que se aproximan al derecho de la competencia desde el interés público en Latinoamérica. Es que en el devenir de los casos que han tenido lugar en regiones más desarrolladas y de las soluciones que se han propuesto frente a éstos, podemos ver el futuro de los casos que tendrán lugar, tarde o temprano, en las jurisdicciones de este rincón del mundo.

El rezago al que se hace referencia en la sección anterior constituye, de este modo, una oportunidad para implementar soluciones adecuadas, tomando ventaja de la experiencia de las jurisdicciones en que la aplicación del derecho de la competencia en mercados digitales se ha desarrollado de forma más intensa. Si algo, algún aspecto, positivo ha tenido la Pandemia del Covid-19, y la forma en que ésta se ha esparcido a lo largo y ancho del mundo, es que nos ha permitido ver con días, semanas o incluso meses de anticipación lo que podría ocurrir en nuestros países. Algo similar ocurre con las soluciones que podemos adoptar en los mercados digitales. Hoy en Latinoamérica podemos volver al futuro. En las páginas siguientes se proponen soluciones institucionales para construir nuestro propio *DeLorean*.

20 Filipe Da Silva y Georgina Núñez, "La libre competencia en la era digital y la pospandemia. El impacto sobre las pequeñas y medianas empresas", *Documentos de Proyectos* LC/TS.2021/15 (2021), 7, https://www.cepal.org/es/publicaciones/46663-la-libre-competencia-la-era-digital-la-postpandemia-impacto-pequenas-medianas.

21 Da Silva y Núñez, "La libre competencia en la era digital y la pospandemia", 7.

3. Los riesgos del *copy paste*

Debe advertirse que, la oportunidad mencionada en la sección anterior envuelve un riesgo significativo de fracaso. Es que recurrentemente, cuando se está frente a soluciones que han resultado bien en otras jurisdicciones existe la tentación de copiar y pegar, sin más, las formas y contenidos de tales soluciones[22].

Este fenómeno, conocido como el trasplante legal[23], envuelve, empero, serios riesgos. Como observan Berkowitz *et al*, para que las instituciones legales trasplantadas sean efectivas, es fundamental que las mismas sean adaptadas a las circunstancias locales, o que a la población al menos le sean familiares los principios legales básicos de la solución legislativa que se pretende introducir. En caso contrario, es esperable que el uso efectivo de tales soluciones sea débil, en el marco de lo que se conoce como "efecto trasplante", lo que se ha de manifestar en dificultades para el desarrollo e implementación de la solución legal de que se trate, limitando la efectividad de tales soluciones y su *enforcement*[24].

Para el caso del derecho de la competencia en mercados digitales, la tentación de trasplantar soluciones jurídicas es gigantesca. Por un lado, el rezago tanto a nivel del desarrollo de casos como de evolución de los mercados digitales, hace que inevitablemente la experticia en este ámbito esté alojada en el mundo desarrollado. Por otro lado, es altamente probable que los agentes económicos que puedan incurrir en prácticas anticompetitivas en mercados digitales, sean mayoritariamente empresas que operan a nivel global, por lo que los operadores podrán promover la aplicación de las mismas soluciones que han sido más benevolentes con éstos en las jurisdicciones que nos llevan la delantera en estos temas.

Con todo, y según se advirtió recientemente, al momento de realizar cualquier trasplante o aplicación de soluciones comparadas no puede obviarse el hecho de "que los países latinoamericanos tienen una realidad cultural, económica y política muy diferente a la de los países desarrollados, resulta necesario que se busquen las soluciones adecuadas a sus problemas particulares". Sobre este punto, Julian Peña nos indica que "[e]l marco legal y la jurisprudencia de los países desarrollados deben tomarse solamente como referencia de las cuales aprender, mas no como un camino obligatorio a seguir"[25].

Dicho esto, los desafíos y soluciones que tales jurisdicciones han enfrentado y desarrollado, y que se presentan en el capítulo siguiente, deben ser evaluadas con *beneficio de inventario*, a fin de que adaptemos, con modestia, las mejores soluciones que se nos propongan a las limitaciones de nuestras instituciones y estado de desarrollo de la economía digital en la región.

---

22 Daniel Berkowitz, Katharina Pistor y Jean-Francois Richard, "Economic development, legality and the transplant effect", *European economic review* 47, N° 1 (febrero 2003), 167.

23 El origen de la expresión trasplantes legales, al menos en cuanto término que se refiere una práctica o fenómeno jurídico propio del estudio del derecho comparado, se encuentra en la obra de Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (Athens: University of Georgia Press, 2a ed, 1974).

24 Berkowitz, Pistor y Richard, "Economic Development, Legality, and the Transplant Effect", 168.

25 Julián Peña, "Las políticas de competencia en América Latina post-Consenso de Washington", *Investigaciones CeCo* (marzo 2021), 12, http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones

III. Propuestas de soluciones comparadas respecto de los desafíos que imponen los mercados digitales

A ambos lados del Atlántico nos encontramos con distintas propuestas de solución frente a los riesgos anti-competitivos que tienen lugar en mercados digitales. Tales soluciones han ido surgiendo al alero de un nuevo entendimiento que se ha ido construyendo respecto del rol que debe tener el derecho de la competencia frente a la economía digital, el que, como se verá, nos llevará a revisar, por una parte, la relación que debe existir entre la aplicación *ex post* del derecho de la competencia y la regulación *ex ante*; y, por otra, los pilares y objetivos que debe perseguir el derecho de la competencia como disciplina.

En este sentido, los últimos anuncios de reformas legislativas en Europa dan cuenta de que la alternativa en que dicha comunidad está pensando en controlar el exceso de poder de mercado que tienen ciertos actores dentro de la economía digital sería a través de la aplicación de regulación *ex ante*.

Por su parte, en el caso de Estados Unidos, parece estar configurándose un espacio a formas de intervención distintas de la aproximación tradicional que dicha jurisdicción ha tenido en el último tiempo respecto del *enforcement* del derecho *antitrust*. Lo anterior, no tanto porque se pretenda incorporar regulaciones que complementen la aplicación *ex post* del derecho de la competencia, sino más bien por los fines y objetivos que este último debe perseguir.

Así, en relación con lo anterior, en la presente sección se expondrá un sumario de las principales soluciones que han propuesto las autoridades del derecho de la competencia en el mundo desarrollado en el marco de mercados digitales.

1. Soluciones provenientes de Europa

Preliminarmente, debe observarse que a lo largo de las últimas dos décadas la Comisión Europea y las autoridades domésticas del derecho de la competencia de los países de la Unión, han emprendido distintos esfuerzos de cara a supuestas infracciones a la libre competencia en el mercado digital. La saga de casos que involucraron a Microsoft[26], en primer lugar, los casos que se refirieron a los libros digitales[27], pasando por los casos relativos a

26 Caso *Microsoft I - Windows Media Player* (Caso COMP/C-3/37.792—Microsoft, Comisión Europea, 2004). Caso *Microsoft II - Internet Explorer* (Caso COMP/39.530—Microsoft (Tying), Comisión Europea, 2013).

27 *Penguin - E-Books* (Caso COMP/39.847—E-BOOKS, Comisión Europea, 2012), *Amazon - E-books* (Caso AT.40153—E-Books MFNs and related matters, Comisión Europea, 2017).

las plataformas de reservas hoteleras[28], hasta los casos que han involucrado a Google Shopping[29] y Android[30] y los casos que han investigado a Facebook[31], además de un gran número decisiones adoptadas en el marco de los distintas instancias de control de operaciones de concentración[32], dan cuenta de una tendencia de distintas configuraciones económicas en las que prevalece como denominador común el exceso de poder de mercado.

Por cierto, excede de los propósitos del presente trabajo analizar los casos antes referidos, pero para efectos de contextualizar los desafíos que constituyen el antecedente inmediato de las soluciones que se han propuesto en Europa, es posible destilar algunas características que además serán relevantes para el desarrollo de alternativas de solución en América latina.

En primer lugar, los casos en general, o más precisamente, el tiempo que han demorado en ser resueltos, dan cuenta de un problema significativo en torno a la temporalidad de las soluciones que permite la institucionalidad vigente en Europa. El dinamismo de los mercados digitales hace que las soluciones que no son oportunas no sean soluciones (cual "*justice delayed is justice denied*"). El problema, en este sentido, es que las reacciones ex post del derecho de la competencia llegan generalmente tarde.

En segundo lugar, mirando los casos en su conjunto, es posible constatar que estos se han basado en entendimientos acotados de las fallas de mercado que subyacen a cada caso. Esta falencia podría estar vinculada con las limitaciones de las reacciones *ex post*, que tienden a mirar al pasado, omitiendo aspectos de fallas de mercado que muchas veces exceden el ámbito infraccional del derecho de la competencia (como lo conocemos).

En tercer lugar, y muy vinculado con el segundo punto, también es posible verificar dificultades considerables en el diseño e implementación de remedios idóneos para resolver las fallas de mercado que están en la génesis de cada caso.

---

28 "HRS's 'best price' clauses violate German and European competition law — Düsseldorf Higher Regional Court confirms Bundeskartellamt's prohibition decision", *Bundeskartellamt* (9 de enero, 2017), https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2015/09_01_2015_OLG_Entscheidung_HRS.html y "Fallbericht: Bestpreisklausel des Hotelportals Booking ist ebenfalls kartellrechtswidrig", *Bundeskartellamt* (22 de marzo, 2016), https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/AktuelleMeldungen/2016/22_03_2016_Fallbericht_Booking.html en Alemania, "Booking's commitments to the Antitrust on the prices offered by the partner hotels", AGCM (15 de diciembre, 2014), https://en.agcm.it/en/media/detail?id=696ff548-ba9d-42f9-bef6-01acbe3bd2f3, en Italia.

29 *Google_Search* (Caso AT.39740—Google Search (Shopping), Comisión Europea, 2017).

30 *Google Android* (Caso AT. 40099 — Google Android, Comisión Europea, 2018).

31 "Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources", *Bundeskartellamt* (7 de febrero, 2019), http://bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html.

32 Véase, por ejemplo: *Google-DoubleClick* (Caso COMP/M.4731—Google/DoubleClick, Comisión Europea, 2008), *Cisco-Tandberg* (Caso COMP/M.5669—Cisco/Tandberg, Comisión Europea, 2010), *Microsoft-Yahoo! Search Business* (Caso COMP/M.5727—Microsoft/Yahoo! Search Business, Comisión Europea, 2010), *Microsoft-Skype* (Caso COMP/M.6281—Microsoft/Skype, Comisión Europea, 2011), *Google-Motorola Mobility* (CASE COMP/M.6381 — Google/Motorola Mobility, Comisión Europea, 2012), *Facebook/Instagram* en Reino Unido (Caso ME/5525/12, Office of Fair Trading, 2012), *Motorola(Google)*-WAZE en Reino Unido (Caso OFT ME/6167/13, Office of Fair Trading, 2013), *Verizon–Yahoo* (Caso M.8180 — Verizon/Yahoo, Comisión Europea, 2016), *Apple-Shazam* (Caso M.8788—Apple/Shazam, Comisión Europea, 2018), *Facebook-WhatsApp* (Caso COMP/M.7217—Facebook/WhatsApp, Comisión Europea, 2014).

En línea con estas observaciones, resulta útil dar cuenta de las discusiones que existieron a nivel europeo de manera previa al lanzamiento de las propuestas de solución en el Viejo Continente, las que fueron condensadas en el informe de la Comisión Europea sobre política de competencia para la era digital[33].

El referido informe parte de determinadas premisas. Una de ellas consiste en sostener que "en Europa, el derecho de la competencia ha llegado a desempeñar un papel especial en la configuración tanto de la percepción pública del futuro digital como del entorno jurídico en el que se está desarrollando"[34] . No obstante, agrega, el papel que ha desempeñado hasta ahora se ha derivado, principalmente, de investigaciones que han terminado en algunos de los casos antes mencionados, los que han demostrado, entre otras cosas, "la necesidad de ajustar las herramientas analíticas, metodologías y teorías del daño para adaptarse mejor a la nueva realidad del mercado"[35] , sobre todo, si se considera que "estas investigaciones llevan mucho tiempo y cada vez hay más conciencia de la necesidad de procesar casos con suficiente rapidez"[36].

Adicionalmente, es posible señalar que la forma de enfrentar los desafíos de la economía digital a través de la aplicación de un régimen sancionatorio no solo tiene un problema relativo a la temporalidad en que se adoptan las soluciones de los casos, sino también uno derivado de la respuesta a la pregunta de si es efectivo que en el núcleo mismo de estos casos existe o no un problema de competencia.

Al respecto, se ha sostenido que la solución a esos casos "requiere de una respuesta multidimensional que haga referencia a los distintos valores y objetivos que emanan de los textos de los tratados de la Unión Europea y de la interpretación de las cortes y la Comisión Europea"[37] .

En este sentido, el propio Informe sobre política de competencia para la era digital reconoce "la complementariedad que existe entre el derecho de la competencia y otros regímenes jurídicos", en el entendido que al Derecho de la competencia, en ocasiones, le correspondería funcionar como un antecedente más que sirva para la elaboración de normas jurídicas generales como para hacer frente a los nuevos desafíos de la economía digital[38]; y, en otras, le atañería cumplir su labor más propia y natural controlando ex post las posibles infracciones a la libre competencia[39].

---

33 Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye y Heike Schweitzer, *Competition policy for the digital era. Final Report* (Bruselas: European Commission, 2019).

34 Crémer, de Montjoye y Schweitzer, *Competition policy for the digital era. Final Report*, 125.

35 Crémer, de Montjoye y Schweitzer, *Competition policy for the digital era. Final Report*, 125.

36 Crémer, de Montjoye y Schweitzer, *Competition policy for the digital era. Final Report*, 125.

37 Ariel Ezrachi, "EU Competition Law Goals and the Digital Economy", *Oxford Legal Studies*, N°17 (junio 2018), 26, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3191766&download=yes.

38 En este sentido, se señala, por ejemplo, que "los organismos de competencia pueden contribuir al mejor funcionamiento de la economía digital proporcionando más orientación. Por ejemplo, puede ser necesaria orientación sobre la definición de dominio en el entorno digital o sobre los deberes de conducta de las plataformas dominantes" (Crémer, de Montjoye y Schweitzer, *Competition policy for the digital era. Final Report*, 126).

39 Crémer, de Montjoye y Schweitzer, C*ompetition policy for the digital era. Final Report*, 126.

Esta multiplicidad de valores y objetivos que se persiguen, ha reconocido la doctrina, es deseable para efectos de enfrentar de forma adecuada las dinámicas que se observan en la evolución de los mercados digitales. Sin embargo, constituyen un riesgo a la hora de determinar si se está o no frente a un caso de competencia, y de si la intervención *ex post* de la institucionalidad de competencia resulta razonable o no[40].

Consciente de esta dualidad, las proposiciones legislativas que se revisarán a continuación, se caracterizan más por proponer regulación *ex ante*, donde la institucionalidad y la política de competencia juegan un rol relevante, que por redefinir los objetivos o aumentar la aplicación *ex post* de casos de libre competencia. Por cierto, para quienes estén familiarizados con estas propuestas, la sugerencia es avanzar hasta la siguiente sección en la que se revisan las soluciones provenientes de los Estados Unidos.

A. Comunidad Europea: Digital Markets Act, Digital Services Act y la "New Competition Tool"

Como parte de la Estrategia Digital Europea[41], y precedida por intensas discusiones, la Comisión Europea lanzó en diciembre de 2020 las iniciativas legislativas que plantea respecto de los agentes económicos que operan a través de plataformas digitales, a saber: la *Digital Markets Act* (**"*DMA*"**), la *Digital Services Act* (**"*DSA*"**) y la denominada **"***New Competition Tool***" ("*NCT*")**[42].

Estas propuestas legislativas tendrían dos objetivos primordiales: crear un espacio digital más seguro en el que estén protegidos los derechos fundamentales de los usuarios digitales, y establecer un marco común para promover la innovación, el crecimiento, y la competitividad, tanto en el mercado común europeo, como a nivel global[43].

Digital Market Act

La DMA aspira a solucionar distintos supuestos de riesgo –no necesariamente anticompetitivo– que tienen lugar en los mercados digitales. En este sentido, se ha indicado que esta propuesta busca complementar las reglas a nivel europeo y nacional en materia de competencia y con ella se pretendería corregir prácticas ilegítimas

40 Ezrachi, "EU Competition Law Goals and the Digital Economy", 26.

41 Comisión Europea, "The European Digital Strategy", última visita: 07 de mayo de 2021, https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/content/european-digital-strategy.

42 Para una revisión crítica de estas propuestas, véase: Cristina Caffarra y Fiona Scott Morton, "The European Commission Digital Markets Act: A translation", VoxEU (5 de enero, 2021), https://voxeu.org/article/european-commission-digital-markets-act-translation; y de Streel et al., *The European proposal for a Digital Markets Act: A first assessment*, coord. Alexandre de Streel (Bruselas: Center on Regulation in Europe, 2021).

43 Comisión Europea, "The Digital Services Act package", *Policies*, última visita: 6 de mayo de 2021, https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package.

desarrolladas por *gatekeepers*[44] que caen fuera del ámbito de aplicación de las reglas de competencia vigentes, o que no puede ser efectivamente corregidas por tales reglas, considerando que el *enforcement* del derecho de la competencia opera respecto de situaciones que tienen lugar en mercados en específico, una vez que ciertas conductas restrictivas o abusivas han ocurrido, requiriendo del desarrollo de procedimientos investigativos para determinar, *ex post*, si una infracción ha tenido lugar, lo que ocupa tiempo. La propuesta de la DMA, en este sentido, apunta a regular, *ex ante*, los efectos estructurales negativos de determinadas prácticas, sin limitar por ello eventuales intervenciones *ex post* de acuerdo a la normativa domestica y europea de la competencia[45]. En cuanto a su contenido, la DMA comprende en su eje la figura de los *core platform services* ("servicios esenciales de plataforma") y de los *gatekeepers*. Los servicios esenciales de plataforma consisten en (a) servicios de intermediación en línea; (b) motores de búsqueda; (c) servicios de redes sociales en línea; (d) plataformas de compartición de servicios de compartición de videos; (e) servicios de comunicaciones independientes de número; (f) sistemas operativos; (g) servicios de *cloud computing*; (h) servicios de publicidad, incluyendo cualquier red de publicidad, intercambios de publicidad y cualquier otro servicio de intermediación de publicidad, prestado por alguno de los proveedores de los "servicios esenciales de plataforma" indicados precedentemente[46].

Por su parte, la idea de gatekeeper se refiere a ciertas plataformas que actúan como interfaz de contacto entre *business users* ("usuarios empresa") y *end users* ("usuarios finales") y cuentan con una posición establecida y durable, a menudo como consecuencia de la creación de ecosistemas alrededor de sus "servicios esenciales de plataforma" que refuerzan las barreras de entrada existentes[47].

Para efectos de calificar a determinado agente económico como *gatekeeper*, la DMA establece que un proveedor de "servicios esenciales de plataforma" debe (i) contar con un impacto significativo en el mercado interno, (ii) operar un "servicio esencial de plataforma" que sirva de una importante punto de contacto para que los "usuarios empresa" alcancen a los "usuarios finales", y (iii) que dicho operador tenga una posición estable y durable

---

44 Debe observarse que la categoría de *gatekeeper* proviene el campo de las redes, ámbito en el que ha sido definida como "entidades que tienen la facultar discrecional de ejercer *gatekeeping*" (Karine Barzilai-Nahon, "Toward a theory of network gatekeeping: A framework for exploring information control", *Journal of the American society for information science and technology* 59, N° 9 (mayo 2008), 1497), esto es, "el proceso de controlar la información a medida que se mueve a través de una puerta" (Barzilai-Nahon, "Toward a Theory of Network Gatekeeping", 1496). Enfocándonos en un tipo de red en específico, lo es la Internet, *online gatekeeping* ha sido definido como el proceso de controlar información que pase a través de una interfaz en la Internet (Emily B. Laidlaw, *Regulating Speech in Cyberspace: Gatekeepers, Human Rights and Corporate Responsability* (Cambridge: Cambridge University Press, 2015), 45), en tanto que los *Internet gatekeepers* han sido definidos como "instituciones o individuos que controlar dicho tipo de procesos" (Laidlaw, *Regulating Speech in Cyberspace*, 45.) Parafraseando el entendimiento de *gatekeeper* que incorpora la DMA, Cristina Caffarra y Fiona Scott Morton, han indicado que intuitivamente podría entenderse a los *gatekeepers* como intermediarios que esencialmente controla el acceso a "territorios" en cualquiera de los lados de una plataforma a los que no se puede llegar de otra manera y, como resultado, pueden participar en conductas e imponer reglas que las contrapartes no pueden evitar (Caffarra y Scott Morton, "The European Commission Digital Markets Act: A translation").
En este sentido, a priori, tanto dominancia como *gatekeeping* comparten en su núcleo el elemento de control sobre otros agentes económicos. En el primer caso, poder de mercado y en el segundo poder de limitar el acceso. Con todo, se ha indicado que la Comisión Europea observaría que los agentes económicos que revisten el carácter de gatekeepers no necesariamente presentarían el carácter de dominantes. De forma similar, Niamh Dunne ha sostenido: "[...] *Increasing emphasis is moreover being placed on the 'gatekeeper' role that platforms may play, controlling access to certain market segments or customers groups, thus rendering them an unavoidable fixture within digital ecosystems.*" (Niamh Dunne, "Platforms as Regulators", (agosto 2020), 2, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3665007).

45 Comisión Europea, *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)* (2020), 3, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=COM%3A2020%3A842%3AFIN

46 Comisión Europea, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)* (2020), Artículo 2, numeral 1.

47 Comisión Europea, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)* (2020), 1.

en sus operaciones o que sea esperable que tendrá tal posición en el futuro cercano[48].

El status de *gatekeeper* de una compañía se determina a partir de ciertos parámetros cuantitativos –umbrales de ingresos, cantidad de usuarios finales activos mensuales, cantidad de usuarios empresa activos anuales–[49]. Con todo, esta determinación constituye una mera presunción legal que puede ser desvirtuada si el pretendido *gatekeeper* presenta argumentos sustantivos que den cuenta de que uno o más de los criterios cualitativos antes mencionados no se han cumplido en el caso concreto[50-51] .

La propuesta de la DMA contempla que una vez que la Comisión Europea califique a un agente económico que provee "servicios esenciales de plataforma" como *gatekeeper*, éste quedará sujeto a obligaciones regulatorias específicas, sin perjuicio, como se ha dicho, de la posible aplicación de las normas generales del derecho de la competencia.

48 Comisión Europea, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)* (2020), Artículo 3, numeral 1.

49 Comisión Europea, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)* (2020), Artículo 3, numeral 2.

50 Comisión Europea, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)* (2020), Artículo 3.2.

51 Comisión Europea, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)* (2020), 2.

La propuesta normativa contempla dos clases de obligaciones: Las primeras corresponden a siete obligaciones –en su mayoría prohibitivas– que son directamente aplicables[52], en tanto que el segundo grupo se compone de once obligaciones que requerirán de especificación para ser aplicadas por los Comisión[53]. Ambas clases de obli-

52 Comisión Europea, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)* (2020), Artículo 5:
"In respect of each of its core platform services identified pursuant to Article 3(7), a gatekeeper shall:
(a) refrain from combining personal data sourced from these core platform services with personal data from any other services offered by the gatekeeper or with personal data from third-party services, and from signing in end users to other services of the gatekeeper in order to combine personal data, unless the end user has been presented with the specific choice and provided consent in the sense of Regulation (EU) 2016/679. ;
(b) allow business users to offer the same products or services to end users through third party online intermediation services at prices or conditions that are different from those offered through the online intermediation services of the gatekeeper;
(c) allow business users to promote offers to end users acquired via the core platform service, and to conclude contracts with these end users regardless of whether for that purpose they use the core platform services of the gatekeeper or not, and allow end users to access and use, through the core platform services of the gatekeeper, content, subscriptions, features or other items by using the software application of a business user, where these items have been acquired by the end users from the relevant business user without using the core platform services of the gatekeeper;
(d) refrain from preventing or restricting business users from raising issues with any relevant public authority relating to any practice of gatekeepers;
(e) refrain from requiring business users to use, offer or interoperate with an identification service of the gatekeeper in the context of services offered by the business users using the core platform services of that gatekeeper;
(f) refrain from requiring business users or end users to subscribe to or register with any other core platform services identified pursuant to Article 3 or which meets the thresholds in Article 3(2)(b) as a condition to access, sign up or register to any of their core platform services identified pursuant to that Article;
(g) provide advertisers and publishers to which it supplies advertising services, upon their request, with information concerning the price paid by the advertiser and publisher, as well as the amount or remuneration paid to the publisher, for the publishing of a given ad and for each of the relevant advertising services provided by the gatekeeper."

53 European Commission (2020) "Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)", Artículo 6:
"1. In respect of each of its core platform services identified pursuant to Article 3(7), a gatekeeper shall:
(a) refrain from using, in competition with business users, any data not publicly available, which is generated through activities by those business users, including by the end users of these business users, of its core platform services or provided by those business users of its core platform services or by the end users of these business users;
(b) allow end users to un-install any pre-installed software applications on its core platform service without prejudice to the possibility for a gatekeeper to restrict such un-installation in relation to software applications that are essential for the functioning of the operating system or of the device and which cannot technically be offered on a standalone basis by third-parties;
(c) allow the installation and effective use of third party software applications or software application stores using, or interoperating with, operating systems of that gatekeeper and allow these software applications or software application stores to be accessed by means other than the core platform services of that gatekeeper. The gatekeeper shall not be prevented from taking proportionate measures to ensure that third party software applications or software application stores do not endanger the integrity of the hardware or operating system provided by the gatekeeper;
(d) refrain from treating more favourably in ranking services and products offered by the gatekeeper itself or by any third party belonging to the same undertaking compared to similar services or products of third party and apply fair and non- discriminatory conditions to such ranking;
(e) refrain from technically restricting the ability of end users to switch between and subscribe to different software applications and services to be accessed using the operating system of the gatekeeper, including as regards the choice of Internet access provider for end users;
(f) allow business users and providers of ancillary services access to and interoperability with the same operating system, hardware or software features that are available or used in the provision by the gatekeeper of any ancillary services;
(g) provide advertisers and publishers, upon their request and free of charge, with access to the performance measuring tools of the gatekeeper and the information necessary for advertisers and publishers to carry out their own independent verification of the ad inventory;
(h) provide effective portability of data generated through the activity of a business user or end user and shall, in particular, provide tools for end users to facilitate the exercise of data portability, in line with Regulation EU 2016/679, including by the provision of continuous and real-time access ;
(i) provide business users, or third parties authorised by a business user, free of charge, with effective, high-quality, continuous and real-time access and use of aggregated or non-aggregated data, that is provided for or generated in the context of the use of the relevant core platform services by those business users and the end users engaging with the products or services provided by those business users; for personal data, provide access and use only where directly connected with the use effectuated by the end user in respect of the products or services offered by the relevant business user through the relevant core platform service, and when the end user opts in to such sharing with a consent in the sense of the Regulation (EU) 2016/679; ;
(j) provide to any third party providers of online search engines, upon their request, with access on fair, reasonable and non-discriminatory terms to ranking, query, click and view data in relation to free and paid search generated by end users on online search engines of the gatekeeper, subject to anonymisation for the query, click and view data that constitutes personal data;
(k) apply fair and non-discriminatory general conditions of access for business users to its software application store designated pursuant to Article 3 of this Regulation.
2. For the purposes of point (a) of paragraph 1 data that is not publicly available shall include any aggregated and non-aggregated data generated by business users that can be inferred from, or collected through, the commercial activities of business users or their customers on the core platform service of the gatekeeper."

gaciones resultan aplicables para la generalidad de las plataformas digitales que proveen "servicios esenciales de plataforma" que hayan sido calificadas como *gatekeepers*, con independencia de sus modelos de negocio o características del mercado en el que operen[54], sin perjuicio de la posibilidad de suspender la aplicación de una o más obligaciones[55].

En materia de *enforcement* de las obligaciones impuestas a los *gatekeepers*, la DMA contempla que éste sea llevado a cabo directamente por la Comisión Europea, en lugar de las autoridades nacionales[56].

II | Digital Service Act

Por su parte, el segundo pilar en el que se sienta el nuevo esquema regulatorio propuesto por la Comisión Europea es la DSA. A través de esta nueva regulación de los servicios digitales, se pretende enfrentar los potenciales abusos que pueden darse en el marco de la prestación de tales servicios y que no se relacionan directamente con el tipo de obligaciones que podrían imponerse en virtud de la DMA.

En relación a los fundamentos de la DSA, se ha sostenido que, en línea con los principios contemplados en la Directiva sobre Comercio Electrónico, se busca "garantizar las mejores condiciones para la prestación de servicios digitales innovadores en el mercado interior, contribuir a la seguridad en línea y la protección de los derechos fundamentales, y establecer una estructura de gobernanza robusta y duradera para la supervisión efectiva de los prestadores de servicios intermediarios"[57].

Para tal fin, la DSA contempla la asignación clara de responsabilidades, "también en materia de rendición de cuentas, para los prestadores de servicios intermediarios, especialmente las plataformas en línea como los mercados y las redes sociales"[58].

Por otro lado, a partir del establecimiento de obligaciones específicas de "diligencia debida para determinados servicios intermediarios, como procedimientos de notificación y acción en relación con los contenidos ilícitos y la posibilidad de impugnar las decisiones de moderación de contenidos de las plataformas, la propuesta trata de mejorar la seguridad de los usuarios en línea en toda la Unión y reforzar la protección de sus derechos fundamentales"[59]. Adicionalmente, la DSA contempla obligaciones para determinados tipos de plataformas, consistentes en que éstas reciban, conserven, verifiquen y publiquen información sobre los comerciantes usuarios

54 de Streel et al., *The European proposal for a Digital Markets Act*, 16.

55 Comisión Europea, *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector* (Digital Markets Act) (2020), artículo 8.

56 de Streel et al., *The European proposal for a Digital Markets* Act, 23.

57 Comisión Europea, *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva* 2000/31/CE (2020), 2, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52020PC0825.

58 Comisión Europea, *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE* (2020), 2.

59 Comisión Europea, *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE* (2020), 2.

de sus servicios, a fin de asegurar "un entorno en línea más seguro y transparente para los consumidores"[60-61].

En materia de *enforcement*, la DSA contempla responsabilidades clara para que los estados miembro supervisen el cumplimiento de las obligaciones antedichas, sin perjuicio de que también se incluyen "medidas de supervisión y ejecución a escala de la Unión para el caso de que aparezcan riesgos sistémicos"[62].

III | New Competition Tool

Finalmente, el tercer pilar en el que se sientan las soluciones a nivel europeo frente a los riesgos anticompetitivos en mercados digitales es la NCT, iniciativa regulatoria general que actualmente estudia la Comisión Europea, y que busca incorporar herramientas regulatorias *ex ante* para ser aplicada en la generalidad de actividades económicas, sin perjuicio de que, en la fundamentación de esta iniciativa, la necesidad de lidiar adecuadamente con los casos que tienen lugar en mercados digitales ha asumido una posición bastante preponderante.

En principio, a juicio de la Comisión Europea, la necesidad de la NCT se fundaba en que las actividades de *enforcement* del derecho de la competencia a nivel comunitario y nacional han dado cuenta de situaciones en las que las reglas tradicionales del derecho de la competencia no son útiles para enfrentar problemas estructurales para la competencia o para resolver tales problemas de la forma más efectiva[63]. Dentro de esos problemas estructurales sería posible distinguir entre riesgos estructurales para la competencia y falta estructural de competencia.

Se ha sostenido que las herramientas tradicionales del derecho de la competencia de la Unión Europea podrían no permitir el restablecimiento efectivo de la competencia en mercados que no funcionan adecuadamente debido a características propias de esos mercados, las que no serían consecuencia –al menos no enteramente– de la forma de proceder de las empresas que participan en los mismos[64].

En término generales, con la NCT se busca que la Comisión Europea pueda imponer remedios conductuales y/o estructurales luego de llevar a cabo investigaciones de mercado rigurosas, a fin de superar cualquier riesgo de daño estructural a la competencia en el mercado investigado. Tales remedios estarían limitados a lo que resulte

60 Comisión Europea, *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE* (2020), 2.

61 Además la DSA "establece un nivel más alto de transparencia y rendición de cuentas para los procedimientos de moderación de contenidos utilizados por los prestadores de [las plataformas de mayor tamaño], para la publicidad y para los procesos algorítmicos." Así también, establece obligaciones para que tales plataformas evalúen "[...] los riesgos que sus sistemas presentan para desarrollar herramientas de gestión de riesgos a fin de proteger la integridad de sus servicios frente al empleo de técnicas de manipulación."(Comisión Europea, *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE* (2020), 2)

62 Comisión Europea, *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE* (2020), 2.

63 European Commission, *Inception Impact Assessment* (junio 2020), 2, https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-Single-Market-new-complementary-tool-to-strengthen-competition-enforcement_es.

64 Massimo Motta y Martin Peitz, *Intervention triggers and underlying theories of harm* (Bruselas: European Commission, 2020), 3.

necesario para asegurar el adecuando funcionamiento del mercado, pudiendo incluir tanto remedios estructurales como conductuales[65]. La NCT se basaría, así, en las atribuciones con que cuenta la *Competition and Markets Authority* del Reino Unido para desarrollar estudios e investigaciones de mercado[66].

De este modo, la imposición de remedios podría tener lugar sin que se constate una infracción a los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de parte de los agentes económicos investigados. Por otro lado, en el marco de estos procedimientos no podrían imponerse sanciones, ni requerirse compensaciones para quienes resultaren afectados por los daños a la competencia que sean identificados[67].

Ciertamente, la NCT no obstaría a la aplicación de la regulación sectorial ya existente. En este contexto, a fin de asegurar consistencia entre distintos cuerpos regulatorios y evitar traslapes, se contemplan mecanismos de consulta pública y evaluación de impacto[68].

La propuesta contempla además que el actual marco legal del derecho de la competencia europeo se mantendría vigente, por lo que la Comisión Europea seguiría llevando adelante el *enforcement* de los artículo 101 y 102 del TFUE, caso a caso, frente a las conductas anticompetitivas de agentes económicos específicos. Por otro lado, la Comisión Europea continuaría conduciendo investigaciones sectoriales. Tales investigaciones sólo le entregan atribuciones a la Comisión para solicitar información para constatar potenciales infracciones a los artículo101 y 102 TFUE, y no le permiten imponer remedios fuera del ámbito de procedimientos infracciones individuales, por lo que sería insuficientes para controlar el tipo de riesgos anticompetitivos que se pretende atender a través de la NCT[69].

Se ha sostenido que la NCT diferirá significativamente de los procedimientos tradicionales de *enforcement* del derecho de la competencia en al menos dos formas: Por un lado, al intentar corregir los defectos del mercado para proteger y mejorar la competencia con independencia de si ciertas conductas son o no ilícitas, se sitúa en algún lugar entre el derecho de la competencia y el entendimiento tradicional de la regulación económica. En segundo lugar, similar a lo que ocurre en el marco de la dictación de regulación *ex ante*, los procedimientos de la NCT deberían configurarse como procedimientos administrativos, dejando de lado la naturaleza adversarial de los procedimientos infraccionales del derecho de la competencia europeo[70].

---

65 Gregory S. Crawford, Patrick Rey y Monika Schnitzer, *An Economic Evaluation of the EC's Proposed "New Competition Tool"* (Bruselas: European Commission, 2020), 4.

66 Crawford, Rey y Schnitzer, *An Economic Evaluation of the EC's Proposed "New Competition Tool"*, 4.

67 Richard Whish, *New Competition Tool: Legal comparative study of existing competition tools aimed at addressing structural competition problems with a particular focus on the UK's market investigation tool* (Bruselas: European Commission, 2020), 5.

68 European Commission, *Inception Impact Assessment* (junio 2020), 2.

69 Cabe hacer presente que la Comisión Europea ha evaluado cuatro alternativas para el diseño de la NCT, las que resultan de la combinación de dos características: (1) si la NCT aplicaría a todos lo sectores de la economía o sólo respecto de ciertos sectores en los que determinadas características estructurales – significativas economías de escala y de red, falta de *multi-homing* (multiconexión), efectos *lock-in*, oligopolios, tipping markets– son más prevalentes, es decir, ámbito de aplicación horizontal o limitado; y, (2) si que la NCT se aplicaría sólo a agentes económicos dominantes o todos los competidores de un mercado (Pierre Larouche y Alexandre de Streel, *Interplay between the New Competition Tool and Sector-Specific Regulation in the EU* (Bruselas: European Commission, 2020), 9).

70 Heike Schweitzer, *The New Competition Tool: Its institutional set up and procedural design* (Bruselas: European Commission, 2020), 5.

B. Propuesta del Reino Unido

En diciembre de 2020 la *Competition and Markets Authority* (CMA) del Reino Unido planteó una serie de recomendaciones al gobierno británico a partir de un encargo formulado por éste para que la CMA liderase el grupo de trabajo también compuesto por la *Office of Communications* (Ofcom) y la *Information Commissioner's Office* (ICO), para el diseño e implementación de un nuevo régimen para la aplicación del derecho de la competencia en los mercados digitales.

Este trabajo tomó como base las conclusiones planteadas en el *Furman Review*[71], documento redactado por un grupo de expertos en mercados digitales, y un estudio de mercado sobre plataformas y publicidad en medios digitales, publicado por la CMA a mediados de 2020[72]. Parte importante de las recomendaciones se refieren al diseño de un régimen regulatorio para controlar el poder de mercado de las empresas digitales más poderosas[73].

Dentro de las recomendaciones destaca la creación de la *Digital Makets Unit* ("DMU"), encargada de resguardar los intereses de consumidores y ciudadanos en los mercados digitales, a través de la promoción de la competencia y la innovación. La propuesta contempla que la DMU se configure como un organismo con altos niveles de experticia y dotarlo con atribuciones para desarrollar acciones proactivas a fin de prevenir riesgos anticompetitivos en mercados digitales[74].

Por otro lado, se recomienda el establecimiento de un marco regulatorio procompetencia, cuya supervigilancia se sugiere quede bajo la tutela de la DMU, a fin de que se adopten medidas concretas para promover la competencia e innovación de cara a las empresas con posición estratégica en el mercado (*Strategic Market Status*, "SMS")[75]. En línea con esta recomendación, se propone que la atribución de designar determinadas empresas como SMS esté alocada en la DMU[76]. Para efectos de la designación, se recomienda el desarrollo de un test que evalúe si determinadas empresas cuentan con poder sustancial de mercado, arraigado (en oposición al poder de mercado que se alcanza de forma transitoria) en al menos una actividad digital, que les entregue una posición estratégica en el mercado.

El requisito de que el poder de mercado (no transitorio) le entregue al agente económico objeto de análisis una posición estratégica en el mercado dice relación con el hecho de que los efectos de su poder de mercado sean particularmente extendidos o significativos[77]. Para determinar esta situación se recomienda considerar

---

71 Jason Furman et al., *Unlocking Digital Competition, Report of the Digital Competition Expert Panel* (marzo, 2019), https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf

72 CMA, *Online platforms and digital advertising. Market study final report* (julio 2020), https://www.gov.uk/cma-cases/online-platforms-and-digital-advertising-market-study#digital-markets-strategy

73 CMA, *A new pro-competition regime for digital markets. Advice of the Digital Markets Taskforce* (diciembre 2020), 5, https://www.gov.uk/cma-cases/digital-markets-taskforce#taskforce-advice

74 CMA, *A new pro-competition regime for digital markets. Advice of the Digital Markets Taskforce* (diciembre 2020), 22-25.

75 CMA, *A new pro-competition regime for digital markets. Advice of the Digital Markets Taskforce* (diciembre 2020), 26.

76 CMA, *A new pro-competition regime for digital markets. Advice of the Digital Markets Taskforce* (diciembre 2020), 28.

77 CMA, *A new pro-competition regime for digital markets. Advice of the Digital Markets Taskforce* (diciembre 2020), 30.

su tamaño, el hecho de si es el punto de encuentro con los consumidores o la actividad que desarrolla es un "insumo" importante para un amplio rango de otros negocios, el que el agente económico bajo escrutinio pueda extender su poder de mercado hacia otras actividades y/o desarrollar un ecosistema de productos para proteger el poder de mercado con el que cuenta.

Otro factor relevante a considerar es si el actor con poder de mercado puede "determinar las reglas del juego" en su propio ecosistema de productos y respecto de otros participantes del mercado. Finalmente, se sugiere considerar si la actividad tiene impacto significativo en mercado que tengan importancia social o cultural[78].

Las recomendaciones contemplan que, en caso de que el test SMS arroje resultados positivos, la DMU pueda establecer un código de conducta respecto de las actividades específicas en las que la empresa que tiene poder de mercado tenga además una posición estratégica, a fin de prevenir que ésta aproveche dicho poder y posición[79]. La recomendación incluye el uso de "técnica legislativa" específica, la que ha de incorporar objetivos (como el comercio justo, libertad de elección y, *trust* y transparencia), principios (conjunto de estándares que debe adoptar el comportamiento de la empresa) y directrices, incluyendo en éstas ejemplos concretos de conductas que infringirían los principios. Los códigos de conducta deben ser legalmente vinculantes para las empresas que han sido calificadas como SMS.

Otras de las recomendaciones importantes dicen relación con la posibilidad de que la DMU pueda imponer intervenciones procompetitivas, a fin de promover innovación y competencia dinámica, y hacer frente a las causas del poder de mercado que subyace a la posición estratégica de las empresas que cumplen con el test SMS[80]. Estas medidas difieren de los remedios que podría implementar la DMU a partir de los códigos de conducta, ya que, en principio, tales remedios serían eminentemente conductuales y apuntaría a ordenar a una empresa sujeta a código de conducta a dejar de seguir incumpliendo con una o más de sus disposiciones. En este sentido, se ha explicitado que los remedios de los códigos de conducta no pueden ser utilizados para controlar problemas subyacentes de competencia, como lo sería controlar las fuentes del poder de mercado de la empresa al que le sea aplicable[81].

Dentro de estas intervenciones se encontrarían aquellas relacionadas con datos (incluyendo medidas que permitan tener a los usuarios mayor control sobre sus datos, accesos obligatorios a terceros y separaciones obligatorias de datos). Por otro lado, medidas de interoperabilidad y estándares comunes, diseños de selecciones para consumidores que por defecto los beneficien, obligaciones de dar acceso en condiciones justas y razonables. Finalmente, se contemplan medidas de separación, pero limitadas a los ámbitos operacionales y funcionales (los remedios consistentes en separaciones de propiedad seguirían siendo atribución exclusiva de la CMA a partir de sus atribuciones de llevar adelante investigaciones de mercado)[82].

78 CMA, *A new pro-competition regime for digital markets. Advice of the Digital Markets Taskforce* (diciembre 2020), 30-31.

79 CMA, *A new pro-competition regime for digital markets. Advice of the Digital Markets Taskforce* (diciembre 2020), 30-31.

80 CMA, *A new pro-competition regime for digital markets. Advice of the Digital Markets Taskforce* (diciembre 2020), p. 41.

81 CMA, *A new pro-competition regime for digital markets. Advice of the Digital Markets Taskforce* (diciembre 2020), 41.

82 CMA, *A new pro-competition regime for digital markets. Advice of the Digital Markets Taskforce* (diciembre 2020), 43.

Se propone que la propia DMU cuente con atribuciones para desarrollar la fiscalización y perseguir el cumplimiento de las disposiciones de los códigos de conducta e intervenciones procompetitivas. Para estos efectos, se propone dotarla de facultades para acceder a los antecedentes necesarios para el cumplimiento de tales cometidos, así como de procedimientos que cumplan con los estándares ya conocidos para efectos de *enforcement*[83].

Por último, en materia de control de operaciones de concentración, se propone el establecimiento de un régimen diferenciado para los agentes económicos que adquieran la calidad de SMS. Adicionalmente, se sugiere agregar la obligación de reportar a la DMU todas las transacciones en las que participen las empresas que cuenten con la calidad de SMS[84].

C. Propuesta de Alemania

En enero de 2021 entró en vigor la *GWB-Digitalisierungsgesetz* (GWB-10), reforma a la ley de defensa de la competencia alemana, que introduce importantes cambios para la protección de la competencia en la economía digital.

En específico, la reforma contempla que, a diferencia del accionar tradicional frente a prácticas anticompetitivas, que tiene lugar de forma *ex post*, la *Bundeskartellamt* –autoridad alemana de competencia– pueda actuar de forma preventiva, prohibiendo ciertas formas de conducta potencialmente anticompetitiva. A juicio de Andreas Mundt, presidente de la *Bundeskartellamt*, la nueva configuración se justificaría en la necesidad de intervenir rápida y efectivamente en los mercados digitales, atendido el dinamismo propio de la economía digital y rápido crecimiento de las plataformas digitales de mayor tamaño[85].

En este contexto, a partir de los establecido en la nueva § 19a que incorpora la GWB-10, se contempla un régimen especial de control para las conductas abusivas de los agentes económicos con "suprema significancia" para la competencia entre mercados. En el marco de este nuevo régimen, la *Bundeskartellamt* estará facultada para declarar, a través de resolución fundada, que ciertos agentes económicos cuentan con "suprema significancia" para la competencia entre mercados, lo que habilitará a tal autoridad para imponer a dichos agentes

83 CMA, *A new pro-competition regime for digital markets. Advice of the Digital Markets Taskforce* (diciembre 2020), 46-54.

84 CMA, *A new pro-competition regime for digital markets. Advice of the Digital Markets Taskforce* (diciembre 2020), p.p. 46-54.

85 "Amendment of the German Act against Restraints of Competition", *Bundeskartellamt* (19 de enero, 2021), https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/19_01_2021_GWB%20Novelle.html

económicos prohibiciones específicas, que se detallan en el párrafo 2 de la § 19a[86-87].

Para la determinación de si un agente económico cuenta con "suprema significancia" para la competencia entre mercados, la autoridad alemana de competencia tomará atención a si el agente económico tiene posición dominante en uno o más mercados, su capacidad financiera y acceso a fuentes de financiamiento, el hecho de que estén integradas verticalmente y sus actividades en otros mercados relacionados, su acceso a data relevante para la competencia, la importancia de sus actividades para el acceso de terceras partes a los mercados de insumos y ventas, y su influencia sobre las actividades de negocio de terceras partes[88].

Como es fácil apreciar, la calidad de agente económico con "suprema significancia" para la competencia entre mercados, es similar a la categoría de *gatekeeper* que incorpora la propuesta de la DMA. Igualmente, las prácticas que podrían resultar prohibidas son similares a las contempladas en los artículo 5 y 6 de dicha propuesta[89].

---

86 Germán Johannsen, "Vanguardia Alemana en Libre Competencia. Comentario al Proyecto de Ley de Digitalización (GWB-10)", *Investigaciones CeCo* (junio 2020), 5, http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones/

87 "(2) In case of a declaratory decision pursuant to subsection 1, the Bundeskartellamt may prohibit such undertakings from
1. treating the offers of competitors differently from its own offers when providing access to supply and sales markets, in particular
a) to give preference to its own offers in the presentation;
b) to pre-install exclusively its own offers on devices or to integrate them in any other
way into the undertaking's offers;
2. to take measures that hinder other companies in their business activities on procurement or sales markets, if the undertaking's activities are important for access to these markets, in particular
a) to take measures which lead to an exclusive pre-installation or integration of the
undertaking's offers;
b) to prevent or make it more difficult for other companies to advertise their own offers or to reach customers also via other access points than those provided or mediated by the company;
3. directly or indirectly hinder competitors on a market on which the undertaking can rapidly expand its position, even without being dominant, in particular
a) to combine the use of an offer of the company with an automatic use of another offer of the company, which is not necessary for this purpose, without granting the user of the offer sufficient possibilities of choice with regard to the circumstance and the manner of use of the other offer;
b) to make the use of an offer of the company dependent on the use of another offer of
the company;
4. by processing competitively sensitive data collected by the undertaking, to create or appreciably raise barriers to market entry or otherwise hinder other companies, or to require terms and conditions that permit such processing, in particular
a) to make the use of services conditional on users consenting to the processing of data from other services of the undertaking or a third party provider without giving users an adequate choice as to the circumstance, purpose and manner of processing;
b) to process competitively sensitive data received from other companies for purposes other than those necessary for the provision of its own services to those companies, without giving those companies an adequate choice as to the circumstance, purpose and manner of processing;
5. to impede the interoperability of products or services or the portability of data, thereby hindering competition;
6. to provide other companies with insufficient information about the scope, quality or success of the service provided or commissioned, or otherwise make it difficult for them to assess the value of this service.
7. to demand advantages for the treatment of another company's offers which are disproportionate to the reason for the demand, in particular
a) to demand for their presentation the transfer of data or rights which are not absolutely necessary for this purpose,
b) to make the quality of the presentation of these offers dependent on the transfer of data or rights which are unreasonable in relation to this.
This shall not apply if the respective conduct is objectively justified. In this respect, the burden of proof shall be on the undertaking. Section 32 (2) and (3), Section 32a and Section 32b shall apply mutatis mutandis. The order under paragraph 2 may be combined with the declaration under paragraph" (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen 2021, sección 19a, 2)

88 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen 2021, sección 19a, 1.

89 Nicolas Kredel, "Germany: New German Competition Law Takes Effect", *Global Compliance News* (7 de febrero, 2021), https://globalcompliancenews.com/germany-new-german-competition-law-takes-effect200121/

Adicionalmente, la reforma en comento incorpora expresamente dentro de los ejemplos de abuso de posición dominante la negativa injustificada de una agente económico dominante de prestar acceso a data, redes u otras infraestructuras que sean necesarias para competir aguas arriba o aguas abajo[90].

2. Soluciones provenientes de Estados Unidos

En Estados Unidos es posible observar una realidad casuística algo distinta a la que ha tenido lugar en Europa, evidenciándose un menor número de casos en que las autoridades han enfrentado a las grandes plataformas digitales[91]. Según lo expuesto recientemente por Steven Salop, las instituciones del derecho *antitrust* enfrentarían significativas limitaciones para enfrentar prácticas exclusorias llevadas a cabo por este tipo de empresas[92].

En la misma línea, dicho autor ha puesto en relieve las limitaciones que en este ámbito exhibiría el sistema de control de operaciones de concentración americano[93]. Dicha realidad ha dado espacio al resurgimiento de posiciones que abogan por nuevas configuraciones en el derecho *antitrust* americano, tanto en sus medios como en sus fines.

En este contexto, se ha revisitado la discusión en torno al objeto del derecho *antitrust*, sosteniéndose que el entendimiento actual sobre la finalidad de este ámbito jurídico, orientado a la protección del bienestar del consumidor, basado en los efectos de precios en el corto plazo, es limitado para dar cuenta del poder de mercado en la economía moderna[94]. En línea con esta posición, surgen voces que llaman al restablecimiento de los objetivos originales del derecho *antitrust*, orientados a limitar la concentración económica y, por esta vía, resguardar la democracia[95].

90 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen 2021, sección 19, 2.4.

91 Esta tendencia parece haber llegado a su fin en los últimos años. Primero, con el intento por prohibir la operación de concentración vertical entre AT&T y Time, y más recientemente con las demandas del Department of Justice (DoJ) y los Fiscales Generales de diversos estados en contra Google sobre conductas exclusorias y malas prácticas en el mercado de avisaje digital; y las demandas de la Federal Trade Commission (FTC) en conjunto a la gran mayoría de Fiscales Generales en contra de Facebook por monopolización del mercado de redes sociales.

92 Steven C. Salop, "Dominant Digital Platforms: Is Antitrust Up to the Task?", *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works* (enero 2021), 566, https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/2345/

93 Salop, "Dominant Digital Platforms: Is Antitrust Up to the Task?", 576.

94 Lina M. Khan, "Amazon's antitrust paradox", *Yale Law Journal* 126, N°3 (enero 2017), https://www.yalelawjournal.org/note/amazons-antitrust-paradox

95 Tim Wu, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age* (Nueva York: Columbia Global Reports, 2018).

Estos planteamientos han sido respaldados por el diagnóstico del *Stigler Committee on Digital Platforms* de la Escuela de Negocios de la Universidad de Chicago, en el sentido que las grandes plataformas digitales y la arquitectura económica de los mercados en las que estas participan, han dado lugar a niveles de concentración de la que la institucionalidad vigente del derecho *antitrust* no podría dar cuenta, generando riesgos que van más allá del ámbito económico[96].

Frente a este escenario, en octubre de 2020, el subcomité sobre *Antitrust, Commercial and Administrative Law* del *Committee on the Judiciary* de la Cámara de Representantes del Congreso de los Estados Unidos, emitió el informe sobre su investigación de competencia en mercados digitales[97]. El informe es bastante extenso, pero para efectos de este trabajo nos centraremos en las recomendaciones[98]. Para quienes estén familiarizados con estas recomendaciones, la sugerencia es avanzar hasta la sección siguiente.

Les recomendaciones se centran en: (A) promover la competencia en la economía digital; (B) fortalecer la normativa *antitrust*; y, (C) fortalecer los mecanismos de supervigilancia y *enforcement* de las leyes del derecho *antitrust*[99].

A. Recomendaciones tendientes a promover la competencia en la economía digital

En relación con estas recomendaciones, el informe propone: (i) reducir los conflictos de interés a través de separaciones estructurales y restricciones sobre las líneas de negocio[100]; (ii) la implementación de reglas específicas

96 Stigler Center for the Study of the Economy and the State, *Stigler Committee on Digital Platforms: Final Report* (septiembre 2019), https://www.chicagobooth.edu/research/stigler/news-and-media/committee-on-digital-platforms-final-report

97 U.S. House of Representatives, Committee on the Judiciary, Subcommittee on Antitrust, Commercial, and Administrative Law, *Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations* (octubre 2020).

98 Para una revisión crítica de estas propuestas, véase: Herbert Hovenkamp, "Antitrust Remedies for Big Tech", *The Regulatory Review* (18 de enero, 2021), https://www.theregreview.org/2021/01/18/hovenkamp-antitrust-remedies-big-tech/; William Kovacic y Daniel Sokol, "Understanding the House Judiciary Committee Majority Staff Antitrust Report", *Competition Policy International* (12 de enero, 2021), https://www.competitionpolicyinternational.com/understanding-the-house-judiciary-committee-majority-staff-antitrust-report/; y, A. Douglas Melamed, "A Missed Opportunity", *Competition Policy International* (12 de enero, 2021), https://www.competitionpolicyinternational.com/a-missed-opportunity/#_ftn1.

99 U.S. House of Representatives, Committee on the Judiciary, Subcommittee on Antitrust, Commercial, and Administrative Law, *Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations* (octubre 2020), 377, https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf.

100 A través de esta recomendación, se persigue que las plataformas que cuentan con poder de mercado no puedan estar integradas con otras líneas de negocio, de modo, en el fondo, de que puedan utilizar su posición para atar productos o servicios, excluir competidores que participen en otras líneas de negocios pero que tengan una relación de dependencia con ellos o, más genéricamente, para extender su posición de mercado a otros mercados. (U.S. House of Representatives, Committee on the Judiciary, Subcommittee on Antitrust, Commercial, and Administrative Law, *Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations* (octubre 2020), 378).

para prevenir la discriminación, favoritismos y auto-preferencia[101]; (iii) la promoción de la innovación a través reglas de interoperabilidad, acceso abierto y portabilidad de datos[102]; (iv) establecer un régimen diferenciado de presunciones a la hora de controlar operaciones de concentración[103]; (v) el establecimiento de herramientas que faciliten la negociación conjunta de medios informativos independientes con las plataformas dominantes[104]; y, (vi) la prohibición el abuso del poder superior de negociación con que cuentan las plataformas dominantes, a través del control de contratos anticompetitivos y la introducción de procedimientos de protección para individuos y empresas que dependen de tales plataformas[105].

En general, todas estas recomendaciones persiguen dos objetivos principales. Por una parte, restringir que las plataformas digitales con poder de mercado puedan extender su participación a mercados adyacentes o, al menos, limitar los incentivos que tendrían para hacerlo, restringiendo las posibilidades que tendrían de abusar de compañías que dependan de ellas. Por su parte, el segundo objetivo general de estas recomendaciones consiste en promover la competencia a través de una serie de reglas que minimizan los costos de cambio de los usuarios[106].

B. Recomendaciones tendientes a fortalecer el derecho *antitrust*

Las recomendaciones que sugiere el informe bajo este punto parten de la base de que, en su concepto, sería necesario restablecer los objetivos del derecho *antitrust*, puesto que las cortes, a través de sus decisiones, habrían debilitado significativamente las leyes *antitrust* y hecho incrementalmente difícil para las autoridades y partes privadas desafiar operaciones de concentración anticompetitivas y perseguir conductas de monopolización.

---

101 Estas reglas de no discriminación requerirían a las plataformas dominantes ofrecer iguales condiciones por iguales servicios, y aplicarían tanto a precios como a condiciones de acceso (U.S. House of Representatives, Committee on the Judiciary, Subcommittee on Antitrust, Commercial, and Administrative Law, *Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendation*s (octubre 2020), 382).

102 Con las reglas de interoperabilidad se pretende poner límite a los efectos de red, permitiendo a distintas plataformas de redes sociales interconectarse con las plataformas dominantes con las que compiten, a fin de asegurar que los usuarios puedan comunicarse a través de esos servicios, minimizando sus costos de cambio. La portabilidad de datos por parte de los usuarios apuntaría en la misma dirección (U.S. House of Representatives, Committee on the Judiciary, Subcommittee on Antitrust, Commercial, and Administrative Law, *Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations* (octubre 2020), 385).

103 En este sentido, el informe propone que cualquier adquisición llevada a cabo por una plataforma dominante se presuma como anticompetitiva, a menos que las partes participantes en la operación puedan demostrar que la transacción sea necesaria para servir el interés público y que similares beneficios podrían no ser alcanzados a través de crecimiento interno o expansión (U.S. House of Representatives, Committee on the Judiciary, Subcommittee on Antitrust, Commercial, and Administrative Law, *Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations* (octubre 2020), 387).

104 U.S. House of Representatives, Committee on the Judiciary, Subcommittee on Antitrust, Commercial, and Administrative Law, *Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations* (octubre 2020), 388.

105 La forma de ejercer este control, sugiere el informe, sería a través de la revisión de los contratos celebrados por las plataformas digitales y la introducción de procedimientos de protección para individuos y empresas que dependen de tales plataformas (U.S. House of Representatives, Committee on the Judiciary, Subcommittee on Antitrust, Commercial, and Administrative Law, *Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations* (octubre 2020), 390).

106 U.S. House of Representatives, Committee on the Judiciary, Subcommittee on Antitrust, Commercial, and Administrative Law, *Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations* (octubre 2020), 378-379.

Así, se sostiene en el informe que, a través de la adopción de una configuración limitada del bienestar del consumidor como objetivo exclusivo del derecho *antitrust*, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha limitado el análisis del daño competitivo enfocándose preponderantemente en precio y producción, en lugar del proceso competitivo, contraviniendo la historia e intención legislativa.

Adicionalmente, se indica en el informe que las cortes han adoptado una posición de que el déficit de *enforcement* del derecho *antitrust* es preferible al exceso de éste, posición que reñiría con la intención legislativa, así como con la visión del Congreso norteamericano de que los monopolios privados constituyen amenazas para las instituciones republicanas[107].

En razón de lo anterior, el informe recomienda al Congreso reafirmar la intención original y los objetivos amplios del derecho *antitrust,* clarificando que éste busca no sólo proteger a los consumidores, sino que también a los trabajadores, emprendedores, negocios independientes, mercados abiertos, economía justa e ideales democráticos[108].

Adicionalmente, y de forma más específica, el Subcomité propone una serie de reformas tanto para robustecer el control de operaciones de concentración, como para incrementar la efectividad de las prohibiciones de monopolización.

Respecto de las primeras medidas, el informe sugiere: (i) el establecimiento de reglas estrictas que incluyan presunciones estructurales, en virtud de las cuales las operaciones que impliquen que una firma controle una participación de mercado extremadamente alta, o que resulten en un incremento significativo de la concentración en el mercado, sean prohibidas *a priori*[109]; (ii) prohibir la adquisición de potenciales rivales y nuevos competidores, sin que sea necesario acreditar para tal efecto que los rivales potenciales podrían haber sido un entrante exitoso en un escenario alternativo a la adquisición[110]; y, (iii) establecer presunciones de ilegalidad de operaciones verticales cuando cualquiera de las partes sea un actor dominante que opere en un mercado concentrado, o presunciones de cierre de mercado en la producción o para consumidores[111].

---

107 U.S. House of Representatives, Committee on the Judiciary, Subcommittee on Antitrust, Commercial, and Administrative Law, *Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations* (octubre 2020), 391.

108 U.S. House of Representatives, Committee on the Judiciary, Subcommittee on Antitrust, Commercial, and Administrative Law, *Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations* (octubre 2020), 393.

109 A partir de esta configuración, se sugiere que sean las partes de la operación las que soporten la carga de acreditar que la operación objeto de análisis no reduce la competencia. Se indica además que el hecho de que las partes acrediten eficiencias no debe ser un elemento suficiente para desvirtuar la presunción de que tales operaciones son anticompetitivas (U.S. House of Representatives, Committee on the Judiciary, Subcommittee on Antitrust, Commercial, and Administrative Law, *Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations* (octubre 2020), 392).

110 U.S. House of Representatives, Committee on the Judiciary, Subcommittee on Antitrust, Commercial, and Administrative Law, *Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations* (octubre 2020), 394.

111 U.S. House of Representatives, Committee on the Judiciary, Subcommittee on Antitrust, Commercial, and Administrative Law, *Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations* (octubre 2020), 395.

Por su parte, en cuanto a las medidas para incrementar la efectividad de las prohibiciones de monopolización, el informe propone: (i) extender el ámbito de acción de la *Sherman Act* a la prohibición del abuso de posición dominante, además de establecer una presunción controvertible de dominancia del 30% de cuota de mercado para los vendedores, y 25% para los compradores; (ii) en relación con los casos de apalancamiento de poder de mercado, se sugiere eliminar el requisito contemplado en la jurisprudencia[112] de que el mercado destinatario del apalancamiento "haya sido monopolizado o exista una amenaza seria de que ello ocurra"[113]; (iii) eliminar el requisito de *recoupment*, desarrollado a nivel jurisprudencial[114-115], respecto de los casos de precios predatorios; (iv) revertir los criterios jurisprudenciales[116] que niegan la doctrina de las facilidades esenciales y que tratan de forma desfavorable las teorías de daño derivado de las negativas injustificadas de contratar[117]; (v) clarificar, en materia de *tying*, que el condicionamiento del acceso a un producto o servicio en el cual una firma tiene poder de mercado a la adquisición o uso de un producto o servicio separado del primero es anticompetitiva[118-119]; y, (vi) evaluar si los cambios de diseño tecnológico que impliquen una auto-preferencia pueden implicar una violación a la *Section 2* de la *Sherman Act*, aun cuando el cambio de diseño pueda estar justificado en mejoras para los consumidores[120].

C. Recomendaciones tendientes a fortalecer los mecanismos de supervigilancia y *enforcement*

El tercer grupo de propuestas apunta a fortalecer las herramientas de *enforcement* del derecho *antitrust*. En este contexto, el informe recomienda: (i) que el Congreso retome su tradición de supervigilancia del derecho *antitrust* y su *enforcement*[121]; (ii) robustecer las labores de *enforcement* de la FTC y el DoJ, a través del establecimiento de sanciones civiles o de otros remedios para violaciones de reglas sobre "métodos de competencia injusta"; (iii) requerir la recolección de la data y reportes de concentración en distintos sectores de la economía; (iv) mejo-

112 *Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan*, 506 U.S. 447 (1993).

113 U.S. House of Representatives, Committee on the Judiciary, Subcommittee on Antitrust, Commercial, and Administrative Law, *Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations* (octubre 2020), 396.

114 *Matsushita v. Zenith Radio Corp.,* 475 U.S. 574 (1986)*; Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.,* 509 U.S. 209 (1993)*, y Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.*, 549 U.S. 312 (2007).

115 U.S. House of Representatives, Committee on the Judiciary, Subcommittee on Antitrust, Commercial, and Administrative Law, *Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations* (octubre 2020), 397.

116 *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP,* 540 U.S. (2003)*, y Pacific Bell Telephone Co. v. linkLine Communications, Inc.*, 555 U.S. 438 (2009).

117 U.S. House of Representatives, Committee on the Judiciary, Subcommittee on Antitrust, Commercial, and Administrative Law, *Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations* (octubre 2020), 398.

118 Ello implica restablecer el criterio jurisprudencial de *Jefferson Parish Hosp. Dist. v. Hyde,* 466 U.S. 2 (1984), en desmedro de lo resuelto en *Allied Orthopedic Appliances I, et al v. Tyco Health Care Group LP, et al*, No. 08-56314 (9th Cir. 2010).

119 U.S. House of Representatives, Committee on the Judiciary, Subcommittee on Antitrust, Commercial, and Administrative Law, *Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations* (octubre 2020), 398.

120 U.S. House of Representatives, Committee on the Judiciary, Subcommittee on Antitrust, Commercial, and Administrative Law, *Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations* (octubre 2020), 398.

121 U.S. House of Representatives, Committee on the Judiciary, Subcommittee on Antitrust, Commercial, and Administrative Law, *Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations* (octubre 2020), 399.

rar los estándares de transparencia y *accountability* de las agencias de competencia, a través de la respuesta a comentarios públicos a las decisiones de control de operaciones de concentración, y de publicar explicaciones para todas las decisiones de *enforcement*; (v) requerir a las agencias de competencia el desarrollo de una análisis retrospectivo de las operaciones de concentración más relevantes que hayan tenido lugar en los últimos 30 años; (vi) codificar prohibiciones estrictas sobre puertas giratorias para funcionarios de las agencias e incrementar su presupuesto[122]; y, (iii) reducir estándares y requisitos procedimentales para el *enforcement* privado[123].

3. Síntesis de las soluciones provenientes del mundo desarrollado

En suma, es posible resumir todo lo dicho en este capítulo indicando, que, mientras en Europa nos encontramos con propuestas que buscan el establecimiento de estatutos especiales de regulación *ex ante*, evitando introducir cambios sustanciales al contenido del derecho de la competencia y su aplicación; en Estados Unidos se proponen, en cambio, modificaciones significativas en la dimensión sustantiva del derecho *antitrust*, buscando alterar directamente tanto sus objetivos, como sus estándares de análisis.

¿Qué podemos hacer desde Latinoamérica frente este tipo de propuestas?

IV. Soluciones (institucionales) híbridas mientras pase el temblor

Como se ha observado, desde los grandes polos de desarrollo del derecho de la competencia se plantean soluciones que parecen estar ancladas, por un lado, a la zona de disputa de dos alternativas antagónicas del paradigma tradicional de la regulación económica –regulación *ex ante* y derecho de la competencia–, y por otro, a la revisitada discusión acerca de los fines del derecho *antitrust*, proponiendo, en este último caso, soluciones que buscarían reconfigurar los entendimientos de lo que se ha asumido como el rol derecho de la competencia.

Lo cierto es que el mundo de la regulación económica, entendida aquí como las distintas formas de intervención del Estado en los mercados, parece estar en una situación no muy distinta a la de las ciudades que se emplazan sobre la zona de contacto de dos placas tectónicas, o en medio del ruido previo a una revolución (entendida

122 U.S. House of Representatives, Committee on the Judiciary, Subcommittee on Antitrust, Commercial, and Administrative Law, *Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations* (octubre 2020), 403.

123 U.S. House of Representatives, Committee on the Judiciary, Subcommittee on Antitrust, Commercial, and Administrative Law, *Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations* (octubre 2020), 404.

aquí como cambio de paradigma[124]). Más allá de las objeciones que podrían ameritar tanto las propuestas antes expuestas como sus respectivas críticas, a nuestro juicio, estos planteamientos asumen una visión estática frente al paradigma tradicional de la regulación económica.

Frente a este escenario, la primera sugerencia para las autoridades y diseñadores de política de competencia en Latinoamérica es buscar un buen refugio ante posibles movimientos telúricos, capear las discusiones sustantivas que se nos proponen desde el mundo desarrollado, y orientar nuestros esfuerzos en construir soluciones que se ajusten estructuralmente a la realidad de los mercados digitales –eminentemente dinámicos e impredecibles– y a los vaivenes de las convenciones jurisprudenciales y doctrinarias que seguirán evolucionando en el marco de la discusiones sustantivas antedichas.

Ciertamente, los que habitamos la costa del Pacífico bien sabemos que las edificaciones rígidas no son una buena idea en zonas de terremotos. Por lo mismo, en lo que sigue de este trabajo desarrollamos una propuesta basada en soluciones híbridas que permitirían adaptarnos de forma efectiva, eficiente y oportuna tanto a la realidad de los mercados digitales en esta región, como a los cambios de criterios sustantivos de los que tradicionalmente hemos sido seguidores, resguardando la pendiente positiva de la evolución de la economía digital en América Latina.

Como se desarrolla *infra* (§IV.2), por soluciones híbridas nos referimos a la incorporación de mecanismos y su ejercicio por las autoridades del derecho de la competencia, combinando reglas sustantivas, criterios y principios propias del derecho *antitrust* con mecanismos tradicionalmente entendidos como regulatorios, a través de una misma instancia de intervención en el mercado[125].

Desde nuestra perspectiva, este tipo de soluciones no sólo cuentan con el potencial de prevenir efectiva y oportunamente la materialización de riesgos anticompetitivos enquistados en los mercados digitales, dentro de los márgenes analíticos que tradicionalmente ha reconocido el derecho de la competencia como disciplina, sino que además permiten reducir los costos de transacción, adaptándose a una realidad altamente cambiante.

Para construir esta propuesta, y de forma previa a ahondar en las consideraciones que se deben tener en cuenta al momento de construir soluciones híbridas, nos referiremos a la supuesta dicotomía entre regulación *ex ante* y derecho de la competencia.

Lo anterior, porque la articulación de este tipo de soluciones requiere superar el paradigma tradicional que confronta regulación *ex ante* y derecho de la competencia, y entender que ambas son caras de una misma moneda: la regulación económica, ámbito destinado a superar las fallas de mercado.

Explicado lo anterior, entonces, procederemos en este capítulo a indicar, como se dijo, consideraciones generales para la construcción de este tipo de propuestas; y, luego, en el siguiente capítulo, sugeriremos propuestas concretas que pueden adoptar los países de Latinoamérica en esta materia.

---

124 Thomas Kuhn, *La Estructura de las Revoluciones Científicas* (Chicago: University of Chicago Press, 1962).

125 Niamh Dunne, "Between competition law and regulation: hybridized approaches to market control", *Journal of Antitrust Enforcement* 2, N° 2 (octubre 2014), 226-227.

1. Regulación económica: Regulación ex ante y Derecho de la Competencia

A nuestro juicio, la emergencia de la economía digital nos exige, ante todo, dejar atrás el viejo paradigma que contrapone el derecho de la competencia con la regulación *ex ante*, y, en su lugar, debemos ajustarnos a la realidad de que distintas autoridades del derecho de la competencia han incorporado en su actuar habitual, en favor de la eficacia, eficiencia y oportunidad de las intervenciones del Estado en los mercados digitales.

Habitualmente se enfatiza en un grupo de diferencias cualitativas entre el derecho de la competencia y la regulación *ex ante*, dando preferencia al primero como el principal instrumento para lidiar con las fallas de mercado relacionadas con el comportamiento anticompetitivo[126].

Entre otros aspectos, tales distinciones van desde sus *leitmotivs* y ámbitos de aplicación, hasta los diferentes momentos en que tienen lugar las actividades de *enforcement* de uno y otro, además del supuesto carácter prescriptivo de la regulación económica frente a la formulación proscriptiva del derecho de la competencia[127-128]. En general, estas distinciones surgen de la asunción de que "el derecho de la competencia difiere de la regulación tanto en sus fines como en sus métodos"[129]. Con esto en mente, la regulación económica ha sido considerada como una alternativa al derecho de la competencia, "necesario cuando el derecho de la competencia no puede mantener de forma exitosa una funcionalidad competitiva en el mercado o cuando dicho mercado es inadecuado debido a otros defectos significativos"[130].

Detrás de las pretendidas distinciones categóricas entre el derecho de la competencia y la regulación *ex ante*, parece existir la intención obsesiva de construir una relación dicotómica entre el derecho de la competencia y la regulación *ex ante*. Dicha obsesión puede ser explicada por razones institucionales e ideológicas. En el campo de las instituciones, la necesidad de definir fronteras claras entre derecho de la competencia y regulación ex ante se relaciona con el hecho de que, en su origen, la *Sherman Act* adoptó un modelo *crime-tort* (crimen-responsabilidad) "a través del cual el derecho *antitrust* crea una norma independiente de competencia industrial en lugar de un aparato regulatorio para supervigilar los efectos de concentración de capital [...]"[131].

En el campo de las ideas, a su vez, lo persuasivo del discurso libertario sobre intervención mínima[132], y la premisa sobre la autocorrección del mercado difundida por la Escuela de Chicago[133], crearon el ambiente propicio para asentar la idea de que no sólo existirían significativas diferencias entre el derecho de la competencia y la

126 Anthony Ogus, *Regulation: Legal Form and Economic Theory* (Oxford: Hart, 2004), 30.

127 Niamh Dunne, *Competition Law and Economic Regulation: Making and Managing Markets* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), 43-46.

128 Sin perjuicio de que recientemente ha existido controversia sobre este último punto. (Pablo Ibáñez, "On the Application of Competition Law as Regulation: Elements for a Theory", *Yearbook of European Law* 29, N° 1 (2010), 268).

129 Stephen G. Breyer, *Regulation and Its Reform* (Cambridge: Harvard University Press, 1982), 156.

130 Breyer, *Regulation and Its Reform*, 158.

131 Daniel Crane, "Antitrust Antifederalism", *California Law Review 96*, N° 1 (2008), 1.

132 Friedrich A. von Hayek, *The Road to Serfdom* (Chicago: The University of Chicago Press, 1994),17.

133 Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox : a policy at war with itself* (New York: Basic Books, Inc., 1978).

regulación *ex ante*, sino que el primero tendría preferencia en desmedro de la segunda.

Sin embargo, más allá de estos planteamientos, lo cierto es que el derecho de la competencia configura una forma de intervención regulatoria: es la regulación general del comercio[134].

Debe observarse que en los últimos treinta años se han generado consensos sobre los aspectos mínimos comunes que confluyen en los distintos entendimientos sobre la regulación, los que apuntan a que ésta consiste de "intervenciones intencionales y directas –incluyendo el establecimiento de estándares de comportamiento vinculantes, monitoreo y sanción– las cuales son ejercidas por actores del sector público sobre actividades económicas de los actores privados"[135].

Más ampliamente se ha sostenido que la regulación se identifica con "todas las formas de influencia social o económica –donde todos los mecanismos afectan el comportamiento– si estos son provienen del Estado o de otras fuentes (por ejemplo, mercados) son considerados regulatorios"[136].

En paralelo, se ha indicado que el derecho de la competencia "intenta controlar, ordenar e influenciar la conducta de los agentes económicos (incluyendo la actividad comercial del Estado), a través del establecimiento de estándares de comportamiento [...], y desarrollando el *enforcement*, incluyendo la imposición de multas"[137].

A la luz de estos entendimientos conceptuales, a nuestro juicio, la pretendida relación dicotómica entre regulación *ex ante* y derecho de la competencia se torna fútil[138].

Desde una perspectiva más práctica, parece irrefutable, como lo han reconocido algunos ministros del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile ("TDLC"), que el derecho de la competencia "consiste en asegurar instancias de interacción eficiente entre los partícipes de una actividad de interés público [...] mediante la imposición de cargas públicas u obligaciones de dar, hacer, no hacer para prevenir daños individuales"[139]. En línea con esta idea se ha indicado que "desde un punto de vista meramente descriptivo, lo que hace el DL 211 [cuerpo normativo matriz del derecho de la competencia en Chile] al entregar la resolución de casos al TDLC conforme a una norma tan abierta como el Artículo 3, es crear un ente regulador de carácter jurisdiccional"[140].

---

134 Santiago Montt, "El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente Regulador del Comercio: Una Mirada Desde las Políticas Públicas", *Documentos de trabajo* 1 (Santiago de Chile: Centro de Regulación y Competencia, 2010).

135 Christel Koop y Martin Lodge, "What Is Regulation? An Interdisciplinary Concept Analysis", *Regulation & Governance* 11, N° 1 (2015), 11.

136 Robert E. Baldwin, Martin Cave y Martin Lodge, *Understanding Regulation: Theory, Startegy, and Practice* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 3. En sentidos similares: Neil Gunningham, Peter N. Grabosky y Darren Sinclair, *Smart Regulation: Designing Environmental Policy* (Oxford: Oxford University Press, 1998); y Julia Black, *Critical Reflections on Regulation* (Londres: Centre for Analysis of Risk and Regulation, London School of Economics and Political Science, 2002), 20.

137 Imelda Maher, "Regulating Competition" en *Regulating Law*, ed. Christine Parker *et al*. (Oxford: Oxford University Press, 2005), 187.

138 Black, *Critical Reflections on Regulation*, 20.

139 *Requerimiento FNE en contra de CMPC Tissue S.A. y otra*, C- 299-2015, Sentencia TDLC N° 160/2017 (2017), Prevenciones ministros Sr. Tapia y Sr. Arancibia, c. 13.

140 Montt, *El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente Regulador del Comercio*, 5.

De este modo, no cabe sino reconocer que el derecho de la competencia forma parte de la regulación económica[141]. En línea con este planteamiento, se ha sostenido que la textura abierta de las prohibiciones del derecho de la competencia hace difícil sostener que las intervenciones que se producen en este ámbito jurídico no puedan asemejarse a la de las propias de la regulación sectorial[142].

En este sentido, se ha resaltado que la acción remedial, típica de las configuraciones regulatorias tradicionales, es fundamental para la aplicación del derecho de la competencia[143]. Soslayar la relevancia de la aplicación de remedios del derecho de la competencia, implica ignorar la diversidad de contextos económicos en los cuales el derecho de la competencia es llamado a intervenir[144]. Sobre este punto, se ha sostenido que es común que las autoridades del derecho de la competencia, a nivel comparado, cuenten con distintas herramientas que caen dentro de la categoría de lo tradicionalmente entendido como regulatorio, lo que hace que la pretendida relación dicotómica deba ser matizada. Así, el entendimiento tradicional sobre regulación y competencia puede ser observado como un continuo dentro de una categoría general de intervenciones del Estado en los mercados[145]: La regulación económica.

Este entendimiento del derecho de la competencia como forma de intervención regulatoria es particularmente relevante en el contexto de la emergencia de la economía digital, y en la forma en que las autoridades han de enfrentar casos que involucren exceso de poder de mercado en estos mercados, en la dimensión práctica.

Así, por ejemplo, no parece aventurado indicar que frente a casos de abuso de posición dominante y al controlar operaciones de concentración –ámbitos en los que los riesgos anticompetitivos en mercados digitales son más relevantes–, las autoridades a cargo del *enforcement* asumen un rol más cercano al de un solucionador de problemas que al de un persecutor criminal.

En el campo del abuso de posición dominante, el problema se configura a partir de una falla de mercado producida por el excesivo poder de mercado detentado por un agente económico que abusa de éste. Las soluciones se orientan a poner fin, cuanto antes, a dicha práctica y a reparar los defectos que posibilitan esa falla y controlar el riesgo de que ésta vuelva a tener lugar, a través de la implementación de remedios conductuales y estructurales.

Al controlar operaciones de concentración, el rol de las autoridades de la competencia no parece ser muy distinto: se pretende evaluar preventivamente riesgos anticompetitivos, nuevamente, originados frente al exceso de poder de mercado detentado por un agente económico, y se implementan medidas estructurales y/o con-

141 Koop y Lodge, "What Is Regulation? An Interdisciplinary Concept Analysis", 6.

142 Ibáñez, "On the Application of Competition Law as Regulation: Elements for a Theory", 262.

143 Ibáñez, "On the Application of Competition Law as Regulation: Elements for a Theory", 262.

144 Ibáñez, "On the Application of Competition Law as Regulation: Elements for a Theory", 301.

145 Imelda Maher, "The networked (agency) regulation of competition" en *Regulatory Theory. Foundations and Applications*, ed. Peter Drahos (Canberra: Australian National University Press, 2017), 694.

ductuales a fin de evitar que tales riesgos se materialicen[146].

Así las cosas, frente a la pretendida dicotomía del paradigma tradicional de la regulación económica entre regulación *ex ante* y competencia, debe insistirse que tanto el derecho de la competencia, como la regulación *ex ante* constituyen especies, dentro del género de la regulación económica, y dicha dicotomía es más fantasía de los libros del paradigma tradicional, que una descripción fehaciente de la forma en que opera la regulación económica en la realidad.

Al final del día, derecho de la competencia y regulación *ex ante*, se plantean como instrumentos para cumplir los fines de la regulación económica: superar las fallas de mercado, las que impiden que éste opere como el más eficiente asignador de recursos. Por lo mismo, nada obsta a la construcción de caminos intermedios a través de las instituciones, a fin de resguardar el funcionamiento de los mercados; existen múltiples ejemplos en los que dichas soluciones híbridas han sido implementadas con buenos resultados.

2. El camino institucional: Soluciones regulatorias híbridas para Latinoamérica

Por soluciones híbridas nos referimos al ejercicio de atribuciones de las autoridades del derecho de la competencia, combinando reglas sustantivas, criterios y principios propias del derecho *antitrust* con mecanismos tradicionalmente entendidos como regulatorios, a través de una misma instancia de intervención en el mercado[147].

A través de estos mecanismos híbridos se busca superar las limitaciones de los entendimientos tradicionales del derecho de la competencia y la regulación. En este contexto, las soluciones híbridas apuntan a maximizar la eficiencia, reconociendo que las fuerzas del mercado –protegidas de las prácticas anticompetitivas a través de las normas prohibitivas del derecho de la competencia– no son suficientes para solucionar todas las fallas de mercado que pueden surgir[148].

Desde nuestra perspectiva, las propuestas de soluciones híbridas que se hagan deben atender a cuatro aspectos indispensables para alentar el correcto funcionamiento y desarrollo de estos mercados.

En primer lugar, es fundamental que las soluciones procuren reducir costos de transacción y generen incentivos a la cooperación entre los agentes económicos que están en posición de ocasionar cada falla de mercado y las

146 Si bien en los casos de colusión también es posible la implementación de remedios, el énfasis está puesto en la sanción, a efectos de disuadir la ocurrencia de este tipo de prácticas. Las autoridades parecen actuar de forma más cercana a la del persecutor criminal frente a casos de cartel. Esta aproximación diferenciada tiene que ver tanto con las particularidades de los test legales que están de fondo en las prohibiciones de abuso de posición dominante y control de operaciones de concentración, como con la forma en que tales tests son implementados en la práctica y las consecuencias que dicha aplicación tiene para el proceder de las autoridades y potenciales infractores.

147 Dunne, "Between competition law and regulation: hybridized approaches to market control", 2-3.

148 Dunne, "Between competition law and regulation: hybridized approaches to market control", 8-9.

autoridades a cargo de controlarlas[149].

En segundo lugar, es fundamental que las instituciones sean capaces de sortear las novedades de una realidad cambiante e impredecible, como es característico en los mercados digitales. Como se ha dicho, si hay un aspecto en el que todos los expertos coinciden al describir los mercados digitales es su alto dinamismo y las dificultades que se enfrentan para predecir el devenir de actividades económicas que tienen lugar en tales mercados.

En este sentido, cualquier sea la posición que se asuma frente a las discusiones sustantivas que han emergido desde el mundo desarrollado, lo más apropiado para superar satisfactoriamente las fallas de mercado que caracterizan el funcionamiento de los mercados digitales, es diseñar e implementar mecanismos que entreguen niveles adecuados de flexibilidad a los sistemas regulatorios latinoamericanos para hacer frente a una realidad económica que, como en ningún otro caso, se encuentra en constante cambio.

En tercer lugar, un aspecto clave es que en ningún supuesto las soluciones impliquen limitaciones a la innovación, motor de la nueva economía. Esto es especialmente cierto para Latinoamérica, donde estamos aún lejos de la evolución de la economía digital propia del mundo más desarrollado, por lo que resulta indispensable generar viento a favor de la innovación, a fin de reducir la brecha que afecta a gran parte de nuestra región.

Finalmente, las soluciones deben propender al resguardo del objetivo de política pública o bien jurídico que justifica la regulación económica en el contexto de la economía social de mercado.

En este sentido, no nos parece razonable que, a propósito de la emergencia que han impuesto los desafíos de los mercados digitales, deba reescribirse todo el derecho de la competencia. Ello, podría dar lugar a inconsistencias conceptuales y confusión respecto de los principios y estándares que aún no terminan de madurar en la jurisprudencia de nuestros tribunales.

Por consiguiente, soluciones que involucren, por ejemplo, el rediseño de los supuestos en que el proceder unilateral de un agente económico resulta anticompetitivo, o la incorporación de categorías que hasta cierto punto se traslapan con el de dominancia, ponen en riesgo los avances en entendimientos que tanto ha costado escribir en estas jurisdicciones, en las que de antiguo predomina una cultura marcadamente legalista. En otros términos, es innegable que el derecho de la competencia como disciplina es aún una noticia en desarrollo en gran parte de la región, la incorporación de marcos de análisis que complejicen aún más las convenciones que poco a poco se ha conseguido afianzar, podrían poner en peligro ese desarrollo.

Por otro lado, una revisión de los fines del derecho de la competencia, a efectos de regular los mercados digitales, podría resultar disruptiva a la evolución del tejido jurisprudencial a partir del cual se ha dotado de densidad normativa a un ámbito del derecho que, por su configuración original –de textura abierta– ha evolucionado a tirabuzón en la mayoría de las jurisdicciones de la región.

149 En este sentido, al decir de North, las instituciones y la efectividad del *enforcement* son determinantes en los costos de transacción, y las instituciones efectivas aumentan los beneficios de las soluciones cooperativas o los costos de no cooperar (Douglass C. North, "Institutions", *Journal of Economic Perspectives* 5, N° 1 (1991), 98).

Para evitar caer en estos peligros, lo que se propone es avanzar en la adaptación de los mecanismos institucionales del derecho de la competencia –muchos de los cuales ya se encuentran en funcionamiento en las distintas jurisdicciones de la región–, a fin de facilitar el establecimiento de soluciones preventivas eficaces, eficientes y oportunas, que pongan su foco en la solución al menor costo posible de las fallas de mercado de los mercados digitales.

Dicho todo esto, la pregunta ineludible es cómo llevar a cabo tal cometido, cómo construir mecanismos híbridos de regulación económica, entre la regulación ex ante y el derecho de la competencia, de cara a los desafíos que nos imponen los mercados digitales. En el capítulo siguiente se esboza una respuesta a esas interrogantes.

V. Soluciones institucionales híbridas que permitan superar satisfactoriamente la transición: Ensayando una propuesta

Las propuestas que se presentarán pretenden dar respuesta a las preguntas: (i) ¿qué perseguimos con las soluciones institucionales híbridas?; (ii) ¿quién las ejecuta?; y, (iii) ¿cómo lo perseguimos?[150].

En este sentido, nuestra propuesta de soluciones institucionales híbridas persigue: (i) un sistema dinámico de regímenes regulatorios para los agentes económicos que operan en mercados digitales, en el que, cumplidos determinados indicadores, sea posible establecer obligaciones regulatorias *ex ante*; basados en la aplicación de estándares analíticos propios del derecho de la competencia; y (ii) la aplicación de políticas de persecución basadas en estrategias de *Responsive Regulation*, que han predominado durante los últimos treinta años en la teoría y práctica regulatoria. En este contexto, se aboga por una ingeniería integral de las intervenciones regulatorias, poniendo no sólo atención a los fines y medios de las intervenciones en sí mismas, sino que también en la forma en que éstas se pondrán en práctica en el tiempo.

Respecto de la pregunta sobre quién ejecuta estas propuestas, estimamos que las autoridades del derecho de la competencia son quienes están en mejor posición para administrar cambios de regímenes regulatorios, el establecimiento de obligaciones regulatorias, así como su *enforcement*.

150 El enfoque de estas preguntas está tomado de Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), *Documento de posición de la CNMC sobre la consulta pública de la Comisión Europea sobre la Digital Services Act (DSA) y la New Competition Tool* (noviembre 2020), https://www.cnmc.es/sobre-la-cnmc/documentos-posicion/consulta-ce-plataformas-digitales.

Finalmente, en cuanto al cómo se han de ejecutar las soluciones sobre las que se viene exponiendo, consideramos complejo poder responderlo de manera general y abstracta en este trabajo, ya que ello dependerá de los diseños institucionales y procedimentales de cada jurisdicción. No obstante, señalaremos ciertas consideraciones generales que nos permiten creer que las medidas que proponemos no serán difíciles de implementar a la luz de las diferentes legislaciones existentes.

1. ¿Qué perseguimos?

A. Sistema dinámico de regímenes regulatorios para los agentes económicos que operan en mercados digitales

La propuesta consiste en establecer sistemas dinámicos de regímenes regulatorios para los distintos agentes económicos que participen en mercados digitales. En este contexto, se plantea que, siguiendo las reglas generales de la economía, las empresas que participen en mercados digitales por defecto no estén sujetas obligaciones regulatorias especiales, referidas a la corrección de fallas de mercado relacionadas con el exceso de poder de mercado, y que sólo en caso de que se constate un indicador que dé cuenta de potenciales riesgos anticompetitivos en cualquier ámbito de sus actividades, se active un cambio de régimen regulatorio.

En ese caso, el agente económico en específico sería susceptible de soportar obligaciones regulatorias *ex ante*, definidas en cada caso a fin de evitar la materialización de riesgos anticompetitivos específicos. Para tales efectos, las autoridades a cargo de diseñar estas medidas no debieran enfrentar mayores limitaciones que las propias del diseño e implementación de los remedios del derecho de la competencia, para establecer tanto medidas estructurales y/o conductuales.

En el diseño de tales medidas, ciertamente, deberá resguardarse las necesidades especiales de los mercados digitales que ya han sido indicadas, en el sentido de procurar que las mismas envuelvan los menores costos de transacción posibles, no disminuyan los incentivos a la innovación, sean flexibles ante eventuales cambios de las condiciones del mercado y resguarden adecuadamente el bienestar del consumidor.

Por otro lado, la misma autoridad a cargo de determinar el cambio de régimen regulatorio, debería contar con atribuciones para modificar las medidas, en línea con el propósito de incorporar niveles de adaptabilidad adecuados a los cambios que tienen lugar en los mercados digitales.

Del mismo modo, tales autoridades deberían tener a su cargo la evaluación periódica de los indicadores de los que depende el cambio de régimen regulatorio, a fin de liberalizar el actuar de agente económico sujeto a re-

gulación *ex ante*, tan pronto como se constate que el indicador en cuestión no supera los umbrales de riesgo[151].

Por su parte, respecto de los indicadores para gatillar el cambio a este régimen regulatorio excepcional, que permite establecer obligaciones regulatorias *ex ante*, estimamos que, atendido que la falla de mercado que justificaría la intervención regulatoria en este ámbito dice relación con el exceso de poder de mercado que da lugar a la eventual materialización de riesgos anticompetitivos, el indicador que gatille el cambio debe decir relación con la constatación de tal exceso.

Acá la tentación evidente es sujetar el cambio de régimen a la constatación de dominancia. Con todo, conceptualmente la dominancia es un estándar difícil de hacer operativo, que podría restar agilidad y flexibilidad a estos procedimientos, resultando, en consecuencia, preferible sujetar el estándar a un *proxy* de participación de mercado que refleje niveles intolerables de riesgo.

Cabe hacer presente que en Latinoamérica estos mecanismos no son una novedad. En un reciente estudio publicado por la GSMA se indica que es recurrente que las autoridades establezcan cambios de regímenes regulatorios a partir de la constatación de poder sustancial de mercado en la industria de las telecomunicaciones. En este sentido, en dicho documento se mencionan los casos de Chile, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela, como ejemplos de esta aproximación[152-153].

En relación con el estándar específico para determinar si resulta o no procedente establecer cierta obligación regulatoria, las legislaciones y la literatura han presentado diversos conceptos como detonante para la intervención normativa, tales como la "situación estratégica del mercado", el "poder de mercado del conglomerado" y el "poder de intermediación", la "estructuración de plataformas digitales" o los "guardianes". Estos conceptos, se ha dicho, podrán completar, o incluso sustituir, el concepto arquetípico de poder de mercado propio del

---

151 En lo que respecta al grado óptimo de relación que debe existir en la dualidad de mecanismos ex ante y ex post en los mercados regulados, se han indicado que "si bien la aplicación de un sistema de regulación ex ante en estos sectores ha permitido una mejor transición del régimen de monopolio al de competencia, en la medida en que se estén asentando las condiciones necesarias para la competencia efectiva, en éstos defendemos sustituir dicho sistema por un régimen de competencia que se caracteriza, en lo principal, por la imposición de mecanismos de control de comportamiento ex post" (Cani Fernández, "La regulación ex ante y el remedio ex post" en *Remedios y sanciones en el derecho de la competencia*, eds. Santiago Martínez-Lage Sobredo y Amadeu Petitbò i Juan (Madrid: Editorial Marcial Pons, 2008), 57-58).

152 GSMA, *Políticas sobre competencia en la era digital: América Latina y el Caribe* (marzo 2020), 4, https://www.gsma.com/latinamerica/es/resources/politicas-sobre-competencia-en-la-era-digital-america-latina-y-el-caribe/.

153 Sobre este punto, se ha indicado que
"En la mayoría de los países, la liberalización del mercado de telecomunicaciones condujo a la aplicación de la ley de competencia y de un conjunto de normas especiales que comprenden regulación específica para el sector de las telecomunicaciones. En términos de políticas de competencia, los operadores móviles están generalmente sujetos a una regulación económica de Poder Significativo de Mercado (SMP, por sus siglas en inglés), un sistema de regulación normalmente aplicado por un regulador específico para las telecomunicaciones, cuya jurisdicción se limita a este sector. Este enfoque implica la realización de estudios de mercado periódicos tras los que ciertos actores se clasifican como poseedores de SMP y, bajo algunas condiciones, se les imponen obligaciones regulatorias. En general, se entiende que un operador tiene SMP cuando disfruta de una posición dominante que le permite tener un comportamiento considerablemente independiente respecto de sus competidores, clientes y consumidores.
Si se aplica adecuadamente, la regulación de SMP hace uso del análisis económico para evaluar cuán son competitivos los mercados. A continuación, los reguladores decidirán si la regulación debería incorporarse, eliminarse o aplicarse en menor o mayor medida. Si un regulador llega a la conclusión de que un operador tiene SMP en un mercado determinado, debe identificar los recursos para asegurar que se restaure la competencia efectiva, siempre y cuando los recursos de la ley de competencia no sean suficientes para lidiar con el problema. Por consiguiente, la regulación de SMP debería imponerse cuando exista una deficiencia del mercado persistente y la ley de competencia por sí sola no sea efectiva" (GSMA, *Políticas sobre competencia en la era digital: América Latina y el Caribe* (marzo 2020), 4.).

derecho de la competencia[154].

El principal desafío al momento de determinar este estándar consiste en definir uno que sea flexible y pueda ajustarse a los diferentes modelos de negocios de la economía digital, donde "las métricas de poder económico centradas en la competencia horizontal dentro de un mercado único de interés, si bien son útiles, no son suficientes si los reguladores y las autoridades antimonopolio quieren mantener el ritmo de las nuevas formas en que las empresas producen valor y compiten[155-156].

Por otro lado, sobre este punto es esencial que el estándar que se utilice se encuentre dentro de los marcos del campo analítico desarrollado al alero del derecho de la competencia como disciplina. Exceder de dicho campo podría dar lugar a inconsistencias conceptuales y confusión respecto de los principios y estándares que aún no terminan de madurar en la jurisprudencia de nuestros tribunales. En este sentido, es innegable que el derecho de la competencia como disciplina es aún una noticia en desarrollo en gran parte de esta región, y la incorporación de marcos de análisis que complejicen aún más las convenciones que poco a poco se ha conseguido afianzar, podría poner en peligro ese sano desarrollo. Además, es de esperar que las confusiones e inconsistencias generen discrepancias que en nuestra región han de ser resueltas por tribunales generalistas, considerando plazos que podrían poner en peligro la oportunidad de las soluciones que exijan los mercados digitales.

Por ello, a nuestro juicio, parece acertado utilizar un estándar equivalente al de "reducción sustancial de la competencia". De este modo, al diseñar las obligaciones regulatorias las autoridades deberían evaluar si es efectivo que cierta práctica comercial, sujeta hipotéticamente a determinada obligación regulatorio reduce, o no, la competencia.

Similares estándares deberían aplicarse para la modificación o derogación de las obligaciones regulatorios.

Finalmente, para efectos de la imposición de obligaciones regulatorios ex ante, una vez que se haya activado el régimen regulatorio excepcional para determinado agente económico, se sugiere evaluar prospectivamente las prácticas comerciales de la empresa involucrada, de modo similar al que tiene lugar a propósito de las instancias de control de operaciones de concentración.

154 Ioannis Lianos y Bruno Carballa, "Poder económico y nuevos modelos de negocio en Derecho de la Competencia y Economía: Ontología y Nuevas Métricas", *SSRN* (marzo 2021), 6, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3818943.

155 Lianos y Carballa, "Poder económico y nuevos modelos de negocio en Derecho de la Competencia y Economía: Ontología y Nuevas Métricas", 45.

156 Para un argumento similar, véase: Nicolas Petit, *Big Tech and the Digital Economy. The Moligopoly Scenario* (Oxford: Oxford University Press, 2020).

B. Aplicación de políticas de persecución basadas en estrategias de *Responsive Regulation*

Como se ha indicado en un reciente trabajo, existen buenos motivos para aplicar estrategias de *Responsive Regulation* frente a los casos de abuso de posición dominante[157]. Atendidas las particularidades de los riesgos anticompetitivos que surgen en el seno de los mercados digitales, el tipo de estrategias antedichas parecen idóneas para que las autoridades promuevan el cumplimiento de las obligaciones *ex ante* que se establezcan en el contexto de los regímenes regulatorios excepcionales que se sugieren como solución para Latinoamérica.

Existen distintas teorías sobre la forma apropiada de desarrollar el *enforcement* de la regulación; el desafío de fondo de cada una de esas propuestas es alcanzar niveles de cumplimiento con las reglas prescriptivas (y proscriptivas) de ciertos comportamientos que la sociedad estime que puede costear[158], considerando tanto los costos de los inspectores como los de los inspeccionados[159].

Responsive Regulation no es sólo una de esas teorías, sino la más atractiva de ellas. Tradicionalmente, la discusión sobre *enforcement* solía estar anclada entre aproximaciones que apuntaban de forma casi exclusiva a la persuasión (*compliance*), por un lado, y la disuasión, por otro. Sin embargo, Ian Ayres y John Braithwaite desafiaron el paradigma que confrontaba garrotes y zanahorias en materia de *enforcement*, proponiendo *Responsive Regulation* como el nuevo santo grial de la modificación del comportamiento[160].

Esta propuesta teórica parte del supuesto de que para los reguladores resulta imposible detectar y ejercer el *enforcement* de todas las infracciones a la ley que les corresponde fiscalizar, por lo que resulta crucial para el cumplimiento de los objetivos de cada ámbito regulatorio que las agencias regulatorias puedan incentivar a los destinatarios de la regulación a cumplir voluntariamente con ella. De este modo, *Responsive Regulation* busca estimular los niveles máximos de cumplimiento con la regulación[161].

La implementación de estrategias de *Responsive Regulation* se basa en tres elementos estructurales para su funcionamiento: En primer lugar, es indispensable dotar a los reguladores de una amplia gama de sanciones, diferentes en tipo e intensidad, las que son ordenadas de menor a mayor lesividad/costo para los potenciales infractores de la regulación, en pirámides de sanciones. En segundo lugar, es fundamental que las autoridades

157 Nader Mufdi Guerra, "Responsive Regulation como estrategia de *enforcement* de las prohibiciones de abuso de posición dominante", *Investigaciones CeCo* (febrero 2020), **http://www.centrocompetencia.com/investigaciones**.

158 George J. Stigler, "The Optimum Enforcement of Laws", *Journal of Political Economy* 78, N° 3 (1970), 526.

159 Martin Lodge y Kai Wegrich, *Managing regulation: Regulatory analisis, politics and policy* (Londres: Macmillan International Higher Education y Red Globe Press, 2012), 72.

160 Si bien *Responsive Regulation* ha adquirido amplia popularidad a nivel comparado durante las últimas décadas, tanto en los ámbitos prácticos y académicos, la teoría en comento ha sido objeto de crítica desde distintas perspectivas (Robert Baldwin y Julia Black, "Really Responsive Regulation", *The Modern Law Review* 71, N° 1 (2008), 62). Tales críticas así como otras desarrolladas por diferentes autores han evolucionado en distintas propuestas como *Smart Regulation* (Neil Gunningham y Peter Grabosky, *Smart Regulation: Designing Environmental Policy*, Oxford: Claredon Press, 1998), *Problem Centred Regulation* (Malcolm K. Sparrow, *The Regulatory Craft Controlling Risks, Solving Problems, and Managing Compliance*, Washington, D.C.: Brookings Institution Press, 2000) y *Really Responsive Regulation* (Baldwin y Black, "Really Responsive Regulation"). Con todo, es conveniente notar que estas alternativas mantienen en su núcleo los elementos esenciales de Responsive Regulation, incorporando propuesta para mejorar esta aproximación, en lugar de eliminar o superar esta propuesta.

161 Michelle Welsh, "Civil Penalties and Responsive Regulation: The Gap between Theory and Practice", *Melbourne University law review* 33, N° 3 (2012), 910.

a cargo del *enforcement* cuenten con un set de facultades que les permitan desarrollar distintas formas de intervención frente a los eventuales incumplimientos, las que también deben ordenarse desde la más cooperativa de las herramientas hasta las más represivas, en pirámides de intervenciones de *enforcement*[162].

La utilización de estas pirámides en las reacciones al proceder de los potenciales infractores, configura un intento por resolver el enigma acerca de hasta cuándo es razonable intentar persuadir y cuándo se debe sancionar[163]. Finalmente, es esencial que a través de tales mecanismos de intervención los reguladores sean capaces de actuar de acuerdo a *tit-for-tat srategies* (planes de "represalia equivalente").

Estas formas de proceder harían más probable el éxito del *enforcement*[164], ya que propiciarían la dinámica de incentivos adecuados para que tenga lugar cooperación mutuamente beneficiosa entre regulados y reguladores[165]. La implementación de planes de "represalia equivalente" implica que el regulador se abstenga de una respuesta disuasiva severa en la medida de que el regulado coopere, sin perjuicio de que el regulador cambie tal aproximación cooperativa a una respuesta más punitiva, en caso de que el supuesto infractor intente abusar de la actitud cooperativa del regulador para efectos de persistir en el incumplimiento de la determinada regulación[166-167].

Desde nuestra perspectiva, la utilización de estrategias de *Responsive Regulation* no sólo se ajustan de buena forma a las necesidad de flexibilidad de las instituciones aplicables a los mercados digitales, atendido su constante dinamismo y difícil predictibilidad, sino que además las iteraciones que se suscitarían entre las empresas reguladas y las autoridades, entregarían información valiosa a estas últimas para favorecer los ajustes y rediseño de las medidas regulatorias que se apliquen en cada caso.

2. ¿Quién ejecuta lo perseguido? Las autoridades del derecho de la competencia son quienes están en mejor posición para administrar cambios de regímenes regulatorios, el establecimiento de obligaciones regulatorias, así como su *enforcement*

Desde nuestra perspectiva, la constatación de los indicadores que den lugar a los cambios de regímenes regulatorios, el diseño de las obligaciones regulatorias que podrían ser impuestas en caso de gatillarse el régimen re-

162 Baldwin, Cave y Lodge, *Understanding Regulation*, 259.

163 John Braithwaite, "Responsive Regulation and Developing Economies", *World Development* 34, N° 5 (2006), 886.

164 Ian Ayres y John Braithwaite, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate* (Oxford: University Press, 1992), 5.

165 John Braithwaite, "Convergence in Models of Regulatory Strategy", *Current Issues in Criminal Justice* 2, N° 1 (1990), 60.

166 Braithwaite, "Convergence in Models of Regulatory Strategy", 60.

167 De este modo, en las primeras instancias del *enforcement*, la teoría sugiere comenzar con las formas de intervención y sanción que están en la base de ambas pirámides, escalando hacia tratamientos gradualmente menos colaborativos y más punitivos –avanzando hacia la cima de las pirámides– en la medida que la reacción de los potenciales infractores no sea la completa adecuación de su comportamiento a lo establecido en la regulación, a través de la adopción de "represalias equivalentes". En el contexto de la implementación de estas estrategias, resulta indispensable que la autoridad a cargo del *enforcement* sea capaz de sostener diálogos con los regulados, incentivando su reflexión sobre el cumplimiento y la posibilidad de acordar a soluciones cooperativas.

gulatorio excepcional, y el *enforcement* de la regulación *ex ante* dictada en caso de cambio de régimen regulatorio debería quedar a cargo de las autoridades del derecho de la competencia, las que para estos efectos deberían actuar coordinadas con autoridades de otros ámbitos regulatorios.

Las autoridades del derecho de la competencia están en mejor posición para desarrollar tales labores. En primer lugar, les resultará familiar el marco analítico contemplado tanto para establecer el cambio régimen, imponiendo regulación *ex ante*, para su modificación y eventual derogación.

Por otro lado, las autoridades de la libre competencia a nivel global ya cuentan con redes internacionales que les permiten compartir sus entendimientos sobre mejores prácticas en este ámbito[168]. Adicionalmente, pueden tomar ventaja de esas redes de cooperación para coordinar su actuar frente a potenciales riesgos anticompetitivos que tengan lugar a nivel regional o global. Este aspecto es fundamental, si se considera que los principales proveedores en mercados digitales operan en esos niveles. Más allá de que en cada caso los mercados relevantes se definan a nivel local en cada caso, en consideración de las competencias locales con que cuenta cada autoridad, muchos riesgos anticompetitivos podrían materializarse a nivel internacional[169].

Del mismo modo, el derecho administrativo ofrece distintas alternativas de coordinación entre distintos ámbitos de acción estatal. La necesidad de implementar mecanismos adecuados de coordinación regulatoria frente a la eventual dictación, modificación o derogación de regulación *ex ante* tendiente a controlar riesgos anticompetitivos en mercados digitales envuelve una oportunidad inmejorable para afianzar soluciones de coordinación regulatoria entre las autoridades del derecho de la competencia y otros ámbitos regulatorios que van más allá de las autoridades relacionadas con los mercados digitales. La respuesta concreta a esta pregunta estará determinada por los diseños institucionales y procedimentales de cada jurisdicción.

3. ¿Cómo ejecutar lo perseguido?

La respuesta concreta a esta pregunta estará determinada por los diseños institucionales y procedimentales de cada jurisdicción.

No obstante, igualmente es posible señalar que parte importante de las autoridades de competencia de América Latina ya cuentan con determinadas facultades de intervención que pueden ser útiles para implementar la posibilidad de introducir tanto regímenes regulatorios excepcionales, como la aplicación de *Responsive Regulation* para organizar el *enforcement* de las obligaciones regulatorias que se establezcan una vez que estos han

168 Sabre este punto, Imelda Maher ha sostenido que: *"In terms of organisational form, competition regimes, like regulatory regimes, are characterised by agencies that operate at arm's length from the executive. Agency networks are an increasingly common feature of both regimes. Networks have emerged as a result of the shift from government to governance (Rhodes 1997); from 'rowing' to 'steering'; from greater delegation of executive functions to agencies; the liberalisation of markets; the exponential growth in markets as a result of globalisation; and recognition of the importance of information in securing particular policy and enforcement outcomes. Competition networks can be seen as part of this trend, especially in the transnational context where jurisdictional overlap creates incentives for communication and coordination"* (Maher, "The Networked (agency) Regulation of Competition", 695.)

169 Jean Tirole, "Competition and the Industrial Challenge for the Digital Age", *IFS Deaton Review on Inequalities in the Twenty-First Century* (abril 2020), 25.

sido gatillados. Así también, en la práctica regulatoria de esta región es posible encontrar distintos ejemplos de sistemas de regímenes regulatorios dinámicos, por lo que la adopción de este tipo de soluciones no resultaría disruptivo a nuestra cultura jurídica.

Obviamente, los diseños institucionales deberán ser ajustados en caso de que se desee introducir las propuestas aquí sugeridas, pero desde ya vale la pena destacar algunas de las intervenciones de naturaleza regulatoria que se evidencian en distintas jurisdicciones[170], a fin de mantener la competencia en los mercados[171].

Así, por ejemplo, la institucionalidad chilena de defensa de la libre competencia contempla distintos supuestos en los cuales las autoridades pueden llevar adelante estudios de mercado. En primer lugar, a partir de la última reforma al DL 211, a través de la Ley 20.945, la Fiscalía Nacional Económica cuenta con la atribución de desarrollar "estudios sobre la evolución competitiva de los mercados", para lo cual puede emplear la generalidad de sus facultades investigativas (salvo las medidas intrusivas destinadas de forma exclusiva a la investigación de prácticas colusivas)[172].

Por su parte, el TDLC también desarrolla estudios genéricos de distintos mercados al evaluar la posibilidad de ejercer sus atribuciones de dictar instrucciones de carácter general (regulaciones de alcance general) que tuvieran relación con la libre competencia[173], así como de recomendar al Presidente de la República la modificación, derogación o dictación de normativa legal o reglamentaria[174]. El TDLC también desarrolla estudios pormenorizados de las condiciones de los mercados al conocer preventivamente sobre asuntos de carácter no contencioso que pudieran atentar contra la libre competencia, respecto de los cuales puede establecer medidas para evitar la materialización de riesgos anticompetitivos[175]. Finalmente, al TDLC le corresponde evaluar condiciones específicas de ciertos mercados, a fin de constatar el cumplimiento de ciertos estándares económicos, y con ello gatillar cambios en regímenes regulatorios formulados en términos dinámicos[176].

En el caso de México, la reforma constitucional de 2013 entregó a la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) las denominadas "facultades incrementales", similares a las de la CMA "para realizar investigacio-

170 Dunne, "Between competition law and regulation: hybridized approaches to market control", 2-3.

171 En palabras de Maher: *"Competition regimes use organisational forms and instruments that are regulatory in nature to ensure markets remain competitive. As well as the classic deterrence approach to anticompetitive behaviour with fines, injunctions and even criminal sanctions, competition regimes have developed hybrid legal instruments that straddle competition and regulation"* (Maher, "The Networked (agency) Regulation of Competition", 694).

172 Artículo 39, letra p), DL 211.

173 Artículo 18, Nº 3, DL 211.

174 Artículo 18, Nº 4, DL 211.

175 Artículo 18, Nº 2, DL 211.

176 Así por ejemplo, cambio de régimen tarifario contemplado en el artículo 29 de la Ley Nº 18.168, General de Telecomunicaciones; emisión de informes requeridos en distintos supuestos para la concesiones portuarias, de acuerdo a los artículos 14 y 23 de la Ley Nº 19.542, que Establece Normas sobre Modernización del Sector Portuario Estatal.

nes de mercado e imponer medidas estructurales y conductuales"[177-178]. Por otro lado, en el ámbito de las telecomunicaciones el Instituto Federal de Telecomunicaciones ("IFT") cuenta con atribuciones para declarar que cierto agente económico es preponderante, cuando constata que "la participación de la empresa en el negocio nacional en uno de esos sectores es superior al 50%"[179]. Cuando ello ocurre, el IFT puede imponerle medidas regulatorias asimétricas, las que "permanecerán en vigor hasta que el IFT declare que existen condiciones de competencia efectivas en los mercados que componen el sector y que la participación sectorial de la empresa preponderante haya caído por debajo del 50%"[180]. Similar atribución puede ser ejercida por el IFT cuando constata que una empresa tiene "poder sustancial de mercado"[181]. En esta misma línea, en Ecuador la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL) cuenta con atribuciones para establecer regulación *ex ante*, modificando el régimen regulatorio al que están sujetos los operadores del mercado de las telecomunicaciones, si es que se verifican ciertos supuestos de riesgo a partir del exceso de poder de mercado[182].

En Costa Rica, la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), el regulador sectorial de las telecomunicaciones cuenta con atribuciones para llevar a cabo dos tipos de estudios de mercado. En primer lugar, dentro de sus atribuciones de regulador sectorial de las telecomunicaciones, a la SUTEL le corresponde evaluar la existencia de condiciones de competencia en el mercado. Cuando los resultados de estos análisis indican que "existen condiciones satisfactorias para garantizar una competencia efectiva, se elimina la regulación de precios y los operadores de telecomunicaciones pueden establecer precios libremente. Las recomendaciones de estos estudios son vinculantes"[183]. El segundo tipo de estudios de mercado que desarrolla la SUTEL son equivalentes a los ejecutados por las autoridades del derecho de la competencia en otras jurisdicciones, a fin de evaluar de forma exhaustiva cómo opera un mercado en específico, sin que los resultados de esa evaluación involucren un cambio de régimen tarifario. Este tipo de estudios de mercado "se realizan cuando existen razones para creer que un mercado, o incluso un sector, no está funcionando bien para los consumidores, pero no hay evidencia de que la razón de esto sea una infracción de la ley de competencia. Los estudios de mercado determinan si el mercado está funcionando mal y, de ser así, identifican las causas y presentan recomendaciones no vinculantes"[184].

---

177 OCDE, *Exámenes Inter-Pares de la OCDE sobre el Derecho y Política de Competencia: México* (febrero 2020), 67, https://www.oecd.org/daf/competition/examenes-inter-pares-sobre-el-derecho-y-politica-de-competencia-mexico-2020.htm.

178 Para efectos de ejercer las facultades incrementales, las autoridades de la competencia de México requieren desarrollar investigaciones de mercado.
Las investigaciones de mercado están reguladas en los artículos 94 y 95 de la Ley Federal de Competencia Económica, y pueden desarrollarse de oficio o a partir de una solicitud del Poder Ejecutivo. Para iniciar investigaciones de mercado debe existir indicios "que sugieran condiciones de competencia ineficaces causadas por barreras o insumos esenciales." Tanto la COFECE como el IFT "pueden utilizar todos los recursos e instrumentos de investigación sobre cumplimiento para efectuar investigaciones de mercado, incluso solicitudes de información, interrogatorios e inspecciones in situ sin previo aviso." (OCDE, *Examen inter-pares de la OCDE sobre el derecho y la política de competencia: México* (febrero 2020), 68).

179 OCDE, *Estudio de la OCDE sobre telecomunicaciones y radiodifusión en México 2017* (agosto 2017), 229, https://www.oecd.org/publications/estudio-de-la-ocde-sobre-telecomunicaciones-y-radiodifusion-en-mexico-2017-9789264280656-es.htm.

180 OCDE, *Estudio de la OCDE sobre telecomunicaciones y radiodifusión en México 2017* (agosto 2017), 229.

181 OCDE, *Estudio de la OCDE sobre telecomunicaciones y radiodifusión en México 2017* (agosto 2017), 231.

182 Artículo 32 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

183 OCDE, *Costa Rica: Evaluación del derecho y política de la competencia 2020* (julio 2020), 78, https://www.oecd.org/daf/competition/costa-rica-evaluacion-del-derecho-y-politica-de-la-competencia2020.pdf.

184 OCDE, *Costa Rica: Evaluación del derecho y política de la competencia 2020* (julio 2020), 78.

VI. Conclusiones

El presente trabajo tuvo como objetivo ocuparse de los desafíos que enfrentarán las autoridades de la competencia en Latinoamérica al lidiar con casos en mercados digitales, y generar propuestas para enfrentar de mejor forma este proceso de transición hacia la economía digital.

Según se ha expuesto, los casos de derecho de la competencia con algún componente digital en América Latina difieren considerablemente tanto en cantidad, como en relevancia, de las batallas legales que hoy por hoy tienen lugar en el mundo desarrollado. Tales diferencias son consistentes con el rezago que experimentan los mercados digitales en esta parte del mundo frente a las economías en las que, a la fecha, su proliferación ha sido más significativa. No obstante, este rezago constituye una oportunidad para implementar soluciones adecuadas, tomando ventaja de la experiencia de las jurisdicciones en que la aplicación del derecho de la competencia en mercados digitales se ha desarrollado de forma más intensa.

A ambos lados del Atlántico nos encontramos con distintas propuestas de solución frente a los riesgos anticompetitivos que tienen lugar en mercados digitales. Tales soluciones han ido surgiendo al alero de un nuevo entendimiento que se ha ido construyendo respecto del rol que debe tener el derecho de la competencia -y las autoridades de competencia- frente a la economía digital.

En este sentido, los últimos anuncios de reformas legislativas en Europa dan cuenta de que la alternativa en que dicha comunidad está pensando en controlar el exceso de poder de mercado que tienen ciertos actores dentro de la economía digital sería a través de la aplicación de regulación *ex ante*. Por su parte, en el caso de Estados Unidos, parece estar configurándose un espacio a formas de intervención distintas de la aproximación tradicional que dicha jurisdicción ha tenido en el último tiempo respecto del *enforcement* del derecho *antitrust*. Lo anterior, no tanto porque se pretenda incorporar regulaciones que complementen la aplicación *ex post* del derecho de la competencia, sino más bien por los fines y objetivos que se ha dicho que este último debe perseguir.

Con todo, tales propuestas se enfocan en realidades económicas que tienden a diferir ostensiblemente de las configuraciones industriales presentes es Latinoamérica, por lo que existen riesgos significativos en el *copy paste* de esas soluciones.

¿Qué podemos hacer desde Latinoamérica frente este tipo de propuestas?

La primera sugerencia para las autoridades y diseñadores de política de competencia en Latinoamérica es evadir las discusiones sustantivas que se nos proponen desde el mundo desarrollado, y orientar nuestros esfuerzos en construir soluciones que se ajusten estructuralmente a la realidad de los mercados digitales –eminentemente dinámicos e impredecibles– y a los vaivenes de las convenciones jurisprudenciales y doctrinarias que seguirán evolucionando en el marco de la discusiones sustantivas antedichas.

En específico, proponemos la implementación de soluciones híbridas. Bajo esta categoría de soluciones nos referimos al ejercicio de atribuciones de las autoridades del derecho de la competencia, combinando reglas sustantivas, criterios y principios propias del derecho *antitrust* con mecanismos tradicionalmente entendidos como regulatorios, a través de una misma instancia de intervención en el mercado.

La implementación de este tipo de soluciones exige dejar atrás el viejo paradigma que contrapone el derecho de la competencia con la regulación *ex ante*, y, en su lugar, debemos ajustarnos a la realidad que distintas autoridades del derecho de la competencia ya han incorporado en su actuar habitual, en favor de la eficacia, eficiencia y oportunidad de las intervenciones del Estado en los mercados digitales.

¿Qué características deben tener esas soluciones híbridas para permitir el correcto funcionamiento de los mercados digitales en esta región?

En primer lugar, es fundamental que las soluciones procuren reducir costos de transacción y generen incentivos a la cooperación entre los agentes económicos que están en posición de ocasionar cada falla de mercado y las autoridades a cargo de controlarlas.

En segundo lugar, las instituciones deben ser capaces de sortear las novedades de una realidad cambiante e impredecible, como es característico en los mercados digitales.

En tercer lugar, es clave que en ningún supuesto las soluciones impliquen limitaciones a la innovación, motor de la nueva economía. Esto es crucial para Latinoamérica, atendido el rezago que persiste en el desarrollo de los mercados digitales.

Finalmente, las soluciones deben propender al resguardo del objetivo de política pública o bien jurídico que justifica la regulación económica en el contexto de la economía social de mercado. En este sentido, no nos parece razonable que, a propósito de la emergencia de los mercados digitales, deba reescribirse todo el derecho de la competencia y sus objetivos.

En este sentido, nuestra propuesta de soluciones institucionales híbridas persigue: (i) un sistema dinámico de regímenes regulatorios para los agentes económicos que operan en mercados digitales, en el que, cumplidos determinados indicadores, sea posible establecer obligaciones regulatorias *ex ante*; basados en la aplicación de estándares analíticos propios del derecho de la competencia; y, (ii) la aplicación de políticas de persecución basadas en estrategias de *Responsive Regulation*, que han predominado durante los últimos treinta años en la teoría y práctica regulatoria.

Por otro lado, estimamos que las autoridades del derecho de la competencia son quienes están en mejor posición para administrar cambios de regímenes regulatorios, el establecimiento de obligaciones regulatorias, así como su *enforcement*.

Finalmente, en cuanto al cómo se han de ejecutar estas soluciones, consideramos complejo poder responderlo de manera general y abstracta en este trabajo, ya que ello dependerá de los diseños institucionales y procedimentales de cada jurisdicción. No obstante, es posible señalar que parte importante de las autoridades de competencia y reguladores sectoriales de América Latina ya cuentan con facultades de intervención que pueden ser útiles para dar lugar a la implementación tanto regímenes regulatorios excepcionales, como la aplicación de *Responsive Regulation* para organizar el *enforcement* de las de las obligaciones regulatorias que se establezcan una vez que estos han sido gatillados.

VII. Bibliografía

"Brazil's Competition Agency Clears Google", *Wilson Sonsini* (28 de junio, 2019), https://www.wsgr.com/en/insights/brazils-competition-agency-clears-google-of-antitrust-probe.html

Ayres, Ian, y John Braithwaite. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Oxford: University Press, 1992.

Baldwin, Robert E., Martin Cave y Martin Lodge. *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

Baldwin, Robert, y Julia Black. "Really Responsive Regulation", *The Modern Law Review* 71, N° 1 (2008): 59-94.

Barzilai-Nahon, Karine. "Toward a theory of network gatekeeping: A framework for exploring information control", *Journal of the American society for information science and technology* 59, N° 9 (mayo 2008): 1493-1512.

Berkowitz, Daniel, Katharina Pistor y Jean-Francois Richard. "Economic development, legality and the transplant effect", European economic review 47, N° 1 (febrero 2003): 165-195.

Bértola, Luis, y José Antonio Ocampo, *The Economic Development of Latin America since Independence*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

Black, Julia. *Critical Reflections on Regulation*. Londres: Centre for Analysis of Risk and Regulation, London School of Economics and Political Science, 2002.

Bork, Robert H. *The Antitrust Paradox: a policy at war with itself*. New York: Basic Books, Inc., 1978.

Braithwaite, John. "Convergence in Models of Regulatory Strategy", *Current Issues in Criminal Justice* 2, N° 1 (1990): 59-65.

Braithwaite, John. "Responsive Regulation and Developing Economies" *World Development* 34, N° 5 (2006): 884-898.

Breyer, Stephen G. *Regulation and Its Reform*. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

Bulmer-Thomas, Victor. *The Economic History of Latin America since Independence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2a edición, 2003.

Caffarra, Cristina, y Fiona Scott Morton, "The European Commission Digital Markets Act: A translation", *VoxEU* (5 de enero, 2021), https://voxeu.org/article/european-commission-digital-markets-act-translation.

Comisión Europea. "The Digital Services Act package". *Policies*. Última visita: 6 de mayo de 2021, https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package.

Comisión Europea. "The European Digital Strategy". Última visita: 07 de mayo de 2021, https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/content/european-digital-strategy.

Crane, Daniel. "Antitrust Antifederalism", *California Law Review* 96, N° 1 (2008), 1-62.

Crawford, Gregory S., Patrick Rey y Monika Schnitzer, *An Economic Evaluation of the EC's Proposed "New Competition Tool"*. Bruselas: European Commission, 2020.

Crémer, Jacques, Yves-Alexandre de Montjoye y Heike Schweitzer. *Competition policy for the digital era. Final Report*. Bruselas: European Commission, 2019.

Da Silva, Filipe, y Georgina Núñez, "La libre competencia en la era digital y la pospandemia. El impacto sobre las pequeñas y medianas empresas", *Documentos de Proyectos LC/TS.2021/15* (2021): 1-46, https://www.cepal.org/es/publicaciones/46663-la-libre-competencia-la-era-digital-la-postpandemia-impacto-pequenas-medianas.

de Streel, Alexandre, Bruno Liebhaberg, Amelia Fletcher, Richard Feasey, Jan Krämer y Giorgio Monti. *The European proposal for a Digital Markets Act: A first assessment*. Coordinado por Alexandre de Streel. Bruselas: Center on Regulation in Europe, 2021.

Dunne, Niamh. "Between competition law and regulation: hybridized approaches to market control", *Journal of Antitrust Enforcement* 2, N° 2 (octubre 2014): 225-269.

Dunne, Niamh. "Platforms as Regulators", *SSRN* (agosto 2020), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3665007.

Dunne, Niamh. *Competition Law and Economic Regulation: Making and Managing Markets*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

Ezrachi, Ariel. "EU Competition Law Goals and the Digital Economy", *Oxford Legal Studies*, N°17 (junio 2018), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3191766&download=yes.

Fernández, Cani, "La regulación ex ante y el remedio ex post". En *Remedios y sanciones en el derecho de la competencia*, editado por Santiago Martínez-Lage Sobredo y Amadeu Petitbò i Juan, 57-73. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2008.

Galperin, Hernan, "Why are Half of Latin Americans Not Online? A Four-Country Study of Reasons for Internet Non-Adoption", *International Journal of Communication* 11 (agosto 2017): 3332-3354.

García Zaballos, Antonio, y Enrique Iglesias Iglesias. *Economía digital en América Latina y el Caribe: situación actual y recomendaciones*. Washington D.C: Banco Interamericano de Desarrollo, 2017.

Guitérrez, Juan David, y Manuel Abarca, "Challenges to competition and innovation in digital platform markets: Insights from Latin American cases", *La Libre Competencia* (23 de junio, 2020), https://lalibrecompetencia.files.wordpress.com/2020/08/appendix-2-cases-involving-digital-platform-markets-in-lac.pdf

Gummingham, Neil, y Peter Grabosky. *Smart Regulation: Designing Environmental Policy*. Oxford: Claredon Press, 1998.

Gunningham, Neil, Peter N. Grabosky y Darren Sinclair. *Smart Regulation: Designing Environmental Policy*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

Gutiérrez, Juan David. "Plataformas digitales y derecho de la competencia en América Latina y el Caribe", *La Libre Competencia* (15 de noviembre, 2020), https://lalibrecompetencia.com/2020/11/15/plataformas-digitales-y-derecho-de-la-competencia-en-america-latina-y-el-caribe/

Hofman, André, Claudio Aravena y Vianka Aliaga, "Information and communication technologies and their impact in the economic growth of Latin America, 1990-2013", *Telecommunications Policy* 40, N° 5 (mayo 2016): 485-501.

Hovenkamp, Herbert, "Antitrust Remedies for Big Tech", *The Regulatory Review* (18 de enero, 2021), https://www.theregreview.org/2021/01/18/hovenkamp-antitrust-remedies-big-tech/.

Ibáñez, Pablo. "On the Application of Competition Law as Regulation: Elements for a Theory", *Yearbook of European Law* 29, N° 1 (2010): 261-306.

Katz, Raúl L. *El ecosistema y la economía digital en América Latina*. Madrid: Editorial Ariel, 2015.

Khan, Lina M. "Amazon's antitrust paradox", *Yale Law Journal* 126, N°3 (enero 2017): 717-722, https://www.yalelawjournal.org/note/amazons-antitrust-paradox.

Koop, Christel, y Martin Lodge, "What Is Regulation? An Interdisciplinary Concept Analysis" *Regulation & Governance* 11, N° 1 (2015).

Kovacic, William, y Daniel Sokol. "Understanding the House Judiciary Committee Majority Staff Antitrust Report". *Competition Policy International* (12 de enero, 2021). https://www.competitionpolicyinternational.com/understanding-the-house-judiciary-committee-majority-staff-antitrust-report/.

Kredel, Nicolas, "Germany: New German Competition Law Takes Effect", *Global Compliance News* (7 de febrero, 2021), https://globalcompliancenews.com/germany-new-german-competition-law-takes-effect200121/.

Kuhn, Thomas. *La Estructura de las Revoluciones Científicas*. Chicago: University of Chicago Press, 1962.

Laidlaw, Emily B. *Regulating Speech in Cyberspace: Gatekeepers, Human Rights and Corporate Responsibility*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

Larouche, Pierre, y Alexandre de Streel, *Interplay between the New Competition Tool and Sector-Specific Regulation in the EU*. Bruselas: European Commission, 2020.

Lianos, Ioannis, y Bruno Carballa, "Poder económico y nuevos modelos de negocio en Derecho de la Competencia y Economía: Ontología y Nuevas Métricas", *SSRN* (marzo 2021), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3818943.

Lodge, Martin, y Kai Wegrich. *Managing regulation: Regulatory analisis, politics and policy*. Londres: Macmillan International Higher Education y Red Globe Press, 2012.

Maher, Imelda. "Regulating Competition". En *Regulating Law*, editado por Christine Parker, Colin Scott, Nicola Lacey y John Braithwaite, 187-206. Oxford: Oxford University Press, 2005.

Maher, Imelda. "The networked (agency) regulation of competition". En *Regulatory Theory. Foundations and Applications*, editado por Peter Drahos, 693-709. Canberra: Australian National University Press, 2017.

Melamed, A. Douglas. "A Missed Opportunity", *Competition Policy International* (12 de enero, 2021), https://www.competitionpolicyinternational.com/a-missed-opportunity/#_ftn1.

Menz, Eduardo. "La Economía Digital en el contexto COVID-19: Desafíos de América Latina y Chile", *Flacso* (junio 2020), https://flacsochile.org/la-economia-digital-en-el-contexto-covid-19-desafios-de-america-latina-y-chile/.

Montt, Santiago. "El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente Regulador del Comercio: Una Mirada Desde las Políticas Públicas", *Documentos de trabajo* 1 Santiago de Chile: Centro de Regulación y Competencia, 2010.

Motta, Massimo, y Martin Peitz, *Intervention triggers and underlying theories of harm*. Bruselas: European Commission, 2020.

Mufdi Guerra, Nader. "*Responsive Regulation* como estrategia de *enforcement* de las prohibiciones de abuso de posición dominante", *Investigaciones CeCo* (febrero 2020), http://www.centrocompetencia.com/investigaciones.

North, Douglass C. "Institutions", *Journal of Economic Perspectives* 5, N° 1 (1991): 97-112.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, Comisión Económica para América Latina y el Caribe y Corporación Andina de Fomento. *Latin American Economic Outlook 2020: Digital Transformation for Building Back Better*. París: OECD Publishing, 2020. https://www.oecd-ilibrary.org/development/latin-american-economic-outlook-2020_e6e864fb-en.

Ogus, Anthony. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Hart, 2004.
Peña, Julián, "Las políticas de competencia en América Latina post-Consenso de Washington", *Investigaciones CeCo* (marzo 2021), http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones.

Perset, Karine. "The Economic and Social Role of Internet Intermediaries", *OECD Digital Economy Papers*, N° 171 (abril 2010), https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/the-economic-and-social-role-of-internet-intermediaries_5kmh79zzs8vb-en.

Petit, Nicolas. *Big Tech and the Digital Economy. The Moligopoly Scenario*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

Programa de Libre Competencia de la Pontificia Universidad Católica de Chile, "Mercados Digitales y Libre Competencia. Análisis de la Jurisprudencia Internacional", *Proyecto Plataformas Digitales y Protección de la Competencia, Corporación Innovarte Publicación 1/2020* (diciembre 2020).

Salop, Steven C. "Dominant Digital Platforms: Is Antitrust Up to the Task?", *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works* (enero 2021): 563-587, https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/2345/.

Schweitzer, Heike. *The New Competition Tool: Its institutional set up and procedural design*. Bruselas: European Commission, 2020.

Sparrow, Malcolm K. *The Regulatory Craft Controlling Risks, Solving Problems, and Managing Compliance*. Washington, D.C.: Brookings Institution Press, 2000.

Stigler, George J. "The Optimum Enforcement of Laws", *Journal of Political Economy* 78, N° 3 (1970): 526-536.

Tirole, Jean. "Competition and the Industrial Challenge for the Digital Age", *IFS Deaton Review on Inequalities in the Twenty-First Century* (abril 2020).

Von Hayek, Friedrich A. *The Road to Serfdom*. Chicago: The University of Chicago Press, 1994.

Watson, Alan, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. Athens: University of Georgia Press, 2a edición, 1974.

Welsh, Michelle. "Civil Penalties and Responsive Regulation: The Gap between Theory and Practice", *Melbourne University law review* 33, N° 3 (2012): 908-933.

Whish, Richard. *New Competition Tool: Legal comparative study of existing competition tools aimed at addressing structural competition problems with a particular focus on the UK's market investigation tool*. Bruselas: European Commission, 2020.

Wu, Tim. *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*. Nueva York: Columbia Global Reports, 2018.

***

Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/

Cómo citar este artículo:
Andrés Fuchs N. y Nader Mufdi G., "Derecho de la Competencia y Regulación de Mercados Digitales: Desafíos y Propuestas para Latinoamérica.", *Diálogos CeCo* (julio, 2021), http://www.centrocompetencia.com/category/dialogos/